

München, 194

**Die Beteiligung der Arbeitnehmer
im Aufsichtsrat
herrschender Konzernunternehmen
nach dem Betriebsverfassungsgesetz**

Ernst Kober

**Die Beteiligung der Arbeitnehmer
im Aufsichtsrat
herrschender Konzernunternehmen
nach dem Betriebsverfassungsgesetz**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Ernst Kober
aus
Hohenelbe / Riesengebirge

1960



5349/60

Referent: Professor Dr. Dr. h. c. Alfred HUECK
Correferent: Professor Dr. Rolf DIETZ

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Februar 1960

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
Literaturverzeichnis	6
Abkürzungsverzeichnis	18
Vorwort	21
 1. KAPITEL	
Der Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG	22
A. Einleitung	22
B. Der aktienrechtliche Konzernbegriff	23
I. Die Merkmale des § 15 Abs. 1 AktG	23
II. Die Merkmale des § 15 Abs. 2 AktG	26
III. Zusammenfassung	29
C. Die Diskussion um die Anwendung des § 15 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG	30
I. Allgemeines	30
II. Für die Anwendung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs (§ 15 Abs. 1 und 2 AktG)	31
1) Für völlig uneingeschränkte Anwendung	31
2) Gewisse Besonderheiten	34
III. Gegen die Anwendung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs	35
1) Für einen grundsätzlich auf § 15 AktG aufbauenden Konzernbegriff	35
2) Für einen neuen, von § 15 AktG gelösten Konzernbegriff	39
IV. Zusammenfassung und Kritik der Haupteinwände gegen die Übernahme des aktienrechtlichen Konzernbegriffs	40
1) Zusammenfassung	40
2) Gegen das Erfordernis einer einheitlichen Leitung	41
3) Gegen die Beschränkung auf § 15 Abs. 1 AktG oder auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse	50
4) Gegen das Erfordernis einer organisatorischen Einheit und eines gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zwecks	55
V. Mehrstufige Konzernverhältnisse	59
Anhang: Der Konzernbegriff im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes und das BetrVG	61

2. KAPITEL

Die für die Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG massgebliche Mindestzahl von Arbeitnehmern

A. Allgemeines	67
B. Die für die Anwendung des § 76 BetrVG bei der "gewöhnlichen" AG erforderliche Mindestzahl von Arbeitnehmern	68
I. Die verschiedenen Meinungen	68
II. Eigene Stellungnahme	71
1) Zu den auf die §§ 8, 10 Abs. 3 BetrVG und 31 WO gestützten Lösungsversuchen	71
2) Zu den auf den Einzelfall abgestellten Lösungsversuchen	72
III. Klärung verschiedener oben I. und II. gebrauchter Begriffe	74
C. Die für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns massgebende Mindestzahl von Arbeitnehmern	75
I. Die verschiedenen Meinungen	75
1) Gegen die Einrechnung der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen	75
a) Hueck	75
b) Andere Autoren	76
c) Die Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts	76
2) Für die Einrechnung der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen	78
a) Wortlaut	78
b) Entstehungsgeschichte	80
c) Innerer Zusammenhang	80
d) "Konzernerinheit" auf anderen Gebieten	81
e) Sinn und Zweck des Gesetzes	82
f) Aushöhlung und Umgebung des Beteiligungsrechts	83
II. Eigene Stellungnahme	84
1) Allgemeines	84
2) Wortlaut	85
a) § 77 und § 76 Abs. 6 BetrVG	85
b) Verweisung auf § 76 IV	86
c) § 76 IV BetrVG	88
3) Entstehungsgeschichte	89

4) Innerer Zusammenhang des Problems der Zurechenbarkeit mit der Gesamtregelung der §§ 76, 77 BetrVG	89
5) Konzerneinheit auf anderen Gebieten?	90
a) Gesellschaftsrecht	90
b) Steuerrecht	92
c) "Mitbestimmungsgesetze"	92
6) Sinn und Zweck	96
a) Rechtssicherheit	97
b) Zweckmässigkeit	98
c) Gerechtigkeit	103

3. KAPITEL

Zur Anwendung des § 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 im Rahmen des § 76 Abs. 4 BetrVG	110
A. Das Problem	110
B. Die verschiedenen Meinungen	110
I. Für die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens	110
1) Wortlaut	111
2) Sinn und Zweck	111
II. Gegen die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens	112
1) Wortlaut	112
2) Sinn und Zweck	113
III. Die Meinung des BAG	114
C. Eigene Stellungnahme	116
I. Wortlaut und Zusammenhang der Absätze 2 und 3 des § 76 BetrVG	116
II. Sinn und Zweck des Gesetzes	119

LITERATURVERZEICHNIS

a) Lehrbücher, Monographien, grössere Abhandlungen, Dissertationen

- | | |
|--|---|
| Braun v. Stumm Egbert | Die Dachgesellschaft im Aufbau deutscher Konzerne, Dissertation, München 1940 |
| Bühler Ottmar | Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl. Berlin und Frankfurt 1956 |
| Drobnig Ulrich | Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M., Berlin 1959 |
| Dietz Rolf | Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht, Karlsruhe 1958 |
| Dietz Rolf | Der obligatorische Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. (In der Festschrift für H. Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. II S. 693 ff) 1956 |
| Eberl Wolfgang | Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns nach § 76 Abs. 4 des Betriebsverfassungsgesetzes, Dissertation, München 1957 (Maschinenschrift) |
| Eisser Georg | Mitbestimmung und Partnerschaft im Industriebetrieb, Tübingen 1955 |
| Enneccerus Ludwig, Nipperdey Hans Carl | Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl. Tübingen 1959 |
| Fischer Curt Eduard | Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948 |
| Flume Werner | Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1958 |
| Friedlaender Heinrich E. | Konzernrecht, 2. Aufl. Berlin und Frankfurt 1954 |
| Goebel Christoph | Die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Dissertation, München 1958 (Maschinenschrift) |

- Groothoff Hans Herbert Die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten von Konzernunternehmen nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Dissertation, Bonn 1958 (Maschenschrift)
- Haupt Günter, Reinhardt Rudolf Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. (von Reinhardt) Tübingen 1952
- Huber Ernst Rudolf Wirtschaftsverwaltungsrecht, Tübingen Bd. I 1953, Bd. II 1954
- Hueck Alfred Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. München und Berlin 1958
- Hueck Alfred, Nipperdey Hans Carl Lehrbuch des Arbeitsrechts, 6. Aufl. Berlin und Frankfurt/M., Bd. I 1959, Bd. II 1957
- Koberstein Günther Unternehmungszusammenschlüsse, Essen 1955
- Krähe Konzernorganisation. Aufgaben- und Abteilungsgliederung im industriellen Unternehmungsverband. (Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbachgesellschaft) Köln-Opladen 1952
- Krause Hermann Unternehmer und Unternehmung. Schriftenreihe der Wirtschaftshochschule Mannheim, Heft 4, 1954
- Kunze Otto Reform des Unternehmensrechtes. Schriftenreihe der IG Bergbau, Heft 1, Bochum 1956
- Mestmäcker Ernst Joachim Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre, Karlsruhe 1958
- Nikisch Arthur Arbeitsrecht, 1. Aufl. Tübingen 1951, 2. Aufl. Bd. I 1955, Bd. II 1958
- Pausenberger Ehrenfried Der Konzernaufbau. Dissertation München 1957 (Staatswirtschaftliche Fakultät)
- Rasch Harold Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl. Köln und Berlin 1955
- Reinhardt Rudolf Die für die Ordnung der Wirtschaft massgebenden Rechtsgrundsätze und die Rechtsform der Mitbestimmung. (In der Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag S. 235 ff) München und Berlin 1955

- Schmid Hellmuth Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nach dem BetrVG, Dissertation, München 1957 (Maschinenschrift)
- Schnorr v. Carolsfeld Ludwig Arbeitsrecht, 2. Aufl. Göttingen 1954
- Schultze-Schlutius Hans-Heinz G.
Das Konzernrecht im Lichte der Mitbestimmung unter besonderer Berücksichtigung des Aktienrechts und der Holdingnovelle. Dissertation, Hamburg 1957 (Maschinenschrift)
- Wilke-Berg-Gottschling-Kunkel-Köhler
Handbuch der GmbH Köln 1957
- b) Kommentare
- Adler, Düring, Schmaltz Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft, 3. Aufl., Stuttgart 1957
- Baumbach Adolf, Hueck Alfred
Aktiengesetz, 10. neubearbeitete Auflage, unter Mitarbeit von Götz Hueck, München und Berlin 1959
- Baumbach Adolf, Hueck Alfred
Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Auflage, München und Berlin 1957
- Boldt Gerhard Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle, München und Berlin 1952
- derselbe Mitbestimmungsergänzungsgesetz, München und Berlin 1957
- Bobrowski Paul Das Arbeitsrecht, 2. Auflage, Heidenheim/Brenz 1954
- Bobrowski Paul, Gaul Dieter Das Arbeitsrecht im Betrieb, 3. Aufl. (von Gaul) Heidelberg 1959
- Bührig E. Handbuch der Betriebsverfassung, Köln-Deutz 1953
- Dietz Rolf Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 2. Aufl. München und Berlin 1955
- Erdmann Gerhard Das Betriebsverfassungsgesetz, 2. Aufl. Neuwied am Rhein 1954

- Fitting Karl, Kraegeloh Walter
Betriebsverfassungsgesetz nebst Wahlordnung, 4. Aufl.
Berlin und Frankfurt/M. 1958
- Froehlich, Franke, Wagner
Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
nach dem Betriebsverfassungsgesetz vom 11.10.1952
Köln 1953
- Galperin Hans, Siebert Wolfgang
Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3. Auflage,
Heidelberg 1958
- Godin Reinhard Freiherr v., Wilhelmi Hans
Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommandit-
gesellschaften auf Aktien, 2. Aufl. Berlin 1950
- Grosskommentar
Aktiengesetz, Grosskommentar. Begründet von W.
Gadow, E. Heinichen, Eberhard Schmidt, W. Schmidt,
O. Weipert. Zweite neu bearbeitete Auflage von
Robert Fischer, Ulrich Klug, Wolfgang Schilling,
Walter Schmidt unter Mitarbeit von J. Meyer-Landrut.
Erster Band
Erste Lieferung (§§ 1 - 69) Berlin 1958
Zweite Lieferung (§§ 70 - 101) Berlin 1959
- Hachenburg Max
Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften
mit beschränkter Haftung (früher Staub-Hachen-
burg) 6. Aufl. bearbeitet von Walter Schmidt und
Wolfgang Schilling unter Mitarbeit von Reinhard
Goerdeler. Zweiter Band.
1. Lieferung (§§ 35 - 51) Berlin 1957
2. Lieferung (§§ 52 - 62) Berlin 1958
- Kötter Hans Wilhelm
Mitbestimmungsrecht. Gesetz über die Mitbestimmung
der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und
Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der
Eisen und Stahl erzeugenden Industrie, mit Erläute-
rungen. Berlin 1952
- derselbe
Mitbestimmungsergänzungsgesetz, Berlin 1958
- Küchenhoff Günther
Betriebsverfassungsgesetz, Münster 1954
- Maus Wilhelm
Handbuch des Arbeitsrechts, Frankfurt/M.
- Meissinger Hermann
Betriebsverfassungsgesetz, München 1952

- | | |
|--|---|
| Monjau Herbert | Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1952 |
| Müller Gerhard, Lehmann Rudolf | Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz Bergbau und Eisen, Heidelberg 1952 |
| Ritter Carl, Ritter Justus | Aktiengesetz, 2. Auflage, Berlin und München 1939 |
| Sahmer Heinz | Betriebsverfassungsgesetz Frankfurt/M. 1959 |
| Schlegelberger, Quassowski, Gessler, Herbig, Hefermehl | Aktiengesetz, 3. Auflage, Berlin 1939 |
| Teichmann Robert, Köhler Walter | Aktiengesetz, 3. Auflage, Heidelberg 1950 |
| Treichel Heinrich | Praktisches Handbuch zum Betriebsverfassungsgesetz, Göttingen 1953 |

c) Zeitschriftenaufsätze

- | | |
|----------------------------------|--|
| Ballerstedt Kurt
BB 50, 269 | Mitbestimmungsrecht, Gesellschaftsrecht und Unternehmensverfassung |
| derselbe
Betr. 56, 813 u. 837 | Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft |
| derselbe
Betr. 57, 837 | Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organvertrag |
| Benner Jürgen
ArbuR 57, 33 | Das neue Umwandlungsgesetz für Kapitalgesellschaften |
| Bergmann Hans
NJW 53, 81 | Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat |
| Boesebeck Ernst
Betr. 54, 401 | Stimmrecht bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften |
| derselbe
BB 59, 15 | Regelung der wechselseitigen Beteiligung im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes |
| Butz Hans
Betr. 55, 1041 | Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat einer Familiengesellschaft oder GmbH |
| Döllner Georg
Betr. 58, 1410 | Rechnungslegung und Prüfung nach dem Referentenentwurf eines Aktiengesetzes |

- Döllner Georg
NJW 59, 270
- Duden Konrad
BB 57, 49
- derselbe
BB 57, 1280
- derselbe
BB 58, 1101
- Eckhardt
NJW 58, 1945
- derselbe
NJW 59, 9
- Fischer Curt E.
AcP 154, 85
- derselbe
AcP 154, 181
- derselbe
NJW 54, 1178
- derselbe
Die AG 59, 123
- Fitting Karl
Betr. 54, 843
- derselbe
BArbBl 56, 499
- derselbe
DBetrVerf 57, 121
- Flume Werner
Betr. 52, 513
- derselbe
Betr. 56, 455
- derselbe
Betr. 59, 190
- Rechnungslegung im Konzern nach dem Referenten-
entwurf eines Aktiengesetzes
- Aktienrechtliche Fragen zur Organschaft mit einem
Grossaktionär
- Die Diskussion über das Konzernrecht
- Zum Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes
- Vorstand und Aufsichtsrat nach dem Referentenent-
wurf eines Aktiengesetzes
- Die Hauptversammlung im Referentenentwurf eines
Aktiengesetzes
- Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht
- Die Reform der Aktiengesellschaft
- Das Unternehmen als Einheit
- Neues Aktienrecht für Familienunternehmen
- Die Mitbestimmung in den Obergesellschaften der
Montankonzerne
- Das Mitbestimmungsgesetz für Obergesellschaften
- Das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Aktien-
rechts und des Mitbestimmungsrechts
- Grundsatzfragen der Mitbestimmung
- Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht
- Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktien-
rechtsreform

- | | |
|---|---|
| <p>Franke Hermann
Betr. 54, 306</p> <p>Franta Rudolf
Betr. 58, 1347</p> <p>Froehlich Wolfgang,
Wagner Hellmuth
BB 54, 693</p> <p>dieselben
BB 55, 228</p> <p>Gaul Dieter
RdA 54, 247</p> <p>Gericke Karlheinz
ArbuR 57, 331</p> <p>Gessler
BB 56, 625</p> <p>Gierke Julius v.
ZHR 122, 1, 117, 262</p> <p>Hefermehl W.
Betr. 55, 304</p> <p>Herold Hermann
NJW 53, 722</p> <p>Hessel Philipp
BB 50, 371</p> <p>Hueck Alfred
Betr. 51, 166 u. 185</p> <p>derselbe
Betr. 52, 781</p> <p>derselbe
BB 53, 325</p> <p>derselbe
Betr. 59, 223</p> | <p>Die Wählbarkeit von Arbeitnehmern abhängiger Unternehmen in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens</p> <p>Die Verfassung der Aktiengesellschaft nach dem Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes</p> <p>Der Konzernbegriff im Betriebsverfassungsgesetz</p> <p>Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns</p> <p>Die Betriebsüberlassung als betriebsverfassungsrechtliches Problem</p> <p>Der "Konzernbetrieb" nach § 76 Abs. 4 BetrVG</p> <p>Die Mitbestimmung in Holdinggesellschaften des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie</p> <p>Der Referentenentwurf eines deutschen Aktiengesetzes</p> <p>Ausübung des Stimmrechts bei wechselseitiger Verflechtung zweier Aktiengesellschaften</p> <p>Aufsichtsrat und Betriebsverfassungsgesetz</p> <p>Die Problematik des wirtschaftlichen Mitbestimmungsrechts</p> <p>Mitbestimmungsrecht und Aufsichtsrat</p> <p>Die Beteiligung der Arbeitnehmer am Aufsichtsrat nach dem BetrVG</p> <p>Der Aufsichtsrat der GmbH</p> <p>Zur Frage der Rechtswirksamkeit von Organschaftsverträgen</p> |
|---|---|

- Kauffmann H.
Betr. 55, 1164
- derselbe
Betr. 57, 1152
- Klingelhöfer H.
RdA 55, 95
- Köhler Herbert W.
JZ 53, 713
- derselbe
JZ 56, 137
- Köhler Karl Heinz v.
BB 53, 562
- derselbe
BB 53, 776
- Koehler Walter
JZ 59, 73 u. 110
- Kötter Hans-Wilhelm
JZ 53, 199
- derselbe
RdA 54, 161
- derselbe
NJW 54, 209
- Kretzschmar A.
BB 52, 861
- Kropff
Betr. 59, 15
- derselbe
NJW 59, 173
- Krüger Hildegard
RdA 55, 244
- Kunze Otto
ArbuR 54, 33
- Beschlussfähigkeit des Aufsichtsrates bei Mängeln der Wahl oder fehlerhafter Feststellung der gewählten Arbeitnehmervertreter
- Der Konzernbegriff und die Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat
- Welche Rechtsfolgen entstehen, wenn sich die Arbeitnehmer weigern, Vertreter für den Aufsichtsrat zu wählen, bzw. wenn sie auf die Wahl verzichten?
- "Betrieb" und "Unternehmen" in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht
- Unternehmensverfassung und Aktienrechtsreform
- Die Zusammensetzung des Aufsichtsrates bei Aktiengesellschaften mit weniger als 5 Arbeitnehmern
- Schränkt das Betriebsverfassungsgesetz die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH ein?
- Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
- Zweifelsfragen des Mitbestimmungsrechts
- Zur Problematik einer Einführung der Montanmitbestimmung bei Holdinggesellschaften
- Das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer im herrschenden Unternehmen eines Montankonzerns
- Der Unternehmensbegriff im Betriebsverfassungsgesetz
- Die wechselseitige Beteiligung nach dem Entwurf eines Aktiengesetzes
- Konzernrechtliche Vorschriften im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
- Ein Jahr Bundesarbeitsgericht
- Qualifizierte oder einfache Mitbestimmung in der Montan-Holding-Gesellschaft?

Kunze Otto ArbuR 56, 225	Die gesetzliche Regelung der Mitbestimmung in den Montanobergesellschaften
derselbe ArbuR 58, 289	Die Holdingnovelle in unternehmensrechtlicher Sicht
Loos Gerold BB 53, 951	Zur Wählbarkeit von Arbeitnehmern konzernabhängi- ger Unternehmen in den Aufsichtsrat des konzernbe- herrschenden Unternehmens
Meissinger Hermann DBetrVerf 56, 129	Mitwirkung und Mitbestimmung - eine vergleichende Rechtsbetrachtung
derselbe Betr. 56, 688	Streikbeteiligung der Arbeitnehmervertreter im Auf- sichtsrat
derselbe Betr. 57, 236	Streikende Arbeitnehmer im Aufsichtsrat
Möhring Philipp MDR 51, 513	Mitbestimmungsrecht und Aktienrecht
Molitor Erich Betr. 50, 25	Wirtschaftliches Mitbestimmungsrecht
Müller Gerhard BB 53, 329	Die beiden Arten des Mitbestimmungsrechts
Natzel Benno Betr. 57, 1021	Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Vier bemerkenswerte BAG-Entscheidungen
derselbe Die AG 59, 33	Die Mitbestimmung im Referentenentwurf eines Ak- tiengesetzes
derselbe Die AG 59, 93	Die Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern, insbe- sondere von Arbeitnehmervertretern
Neumann-Duesberg H. ZHR 118, 35	Probleme des Betriebsverfassungs- und Konzernrechts
Nikisch Arthur BB 51, 901	Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Betrieb und Un- ternehmen
Osswald Richard BlfStR 55, 237	Zu den Wahlen von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat
Pleyer Klemens Die AG 59, 8 u. 39	Aktienrecht und Unternehmenskonzentration

- Radke Olaf
ArbuR 58, 161
- Rasch Harold
BB 52, 469
- derselbe
BB 59, 165
- Sabel Anton
RdA 52, 281
- Schäffer Fritz
BB 58, 1252
- Schenck Dedo v.
BB 53, 1067
- Schilling Wolfgang
RdA 54, 441
- derselbe
JZ 57, 529
- Schlessmann K.
Betr. 52, 1088
- Schmidt Walter
NJW 52, 1353
- Schunck Eberhard
NJW 55, 700
- Spethmann Dieter
Schnorr Gerhard
RdA 53, 448
- Weitzel Heinz
BB 52, 806
- Winterfeld Achim v.
ArbuR 56, 202
- Würdinger Hans
Betr. 57, 961
- derselbe
Betr. 58, 1447
- Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns
- Mitbestimmung und Organschaft
- Gewinnabführungs- und Weisungsverträge im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
- Das deutsche Betriebsverfassungsgesetz
- Die Aktienrechtsreform und ihre Probleme
- Die Beteiligung der Arbeitnehmer an der Wahl der Aufsichtsräte konzernverbundener Unternehmen
- Die Mitbestimmung im Lichte des Gesellschaftsrechts
- Konzernfragen
- Schranken der Mitbestimmung
- Die Einwirkung des Betriebsverfassungsgesetzes auf das Aktien- und GmbH-Recht
- Passives Wahlrecht von Arbeitnehmern konzernabhängiger Unternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens
- Die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten nach dem BetrVG
- Betriebsverfassungsgesetz und Aufsichtsrat
- Das passive Wahlrecht von Arbeitnehmern beherrschter Konzernbetriebe
- Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung
- Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes

d) Besonders wichtige Entscheidungen

BAG Beschluss vom 10.11.1954 - 1 ABR 24/54 - BAG 1, 166; AP Nr. 2 zu § 76 BetrVG; SAE 1955 Nr. 35 (Osswald); BB 54, 1108; Betr. 54, 1071; NJW 55, 237; JZ 55, 178, (Dietz); AR-Blattei 11 D XV Entscheidung 4 (Hueck); RdA 55, 39

BAG Beschluss vom 3.12.1954 - 1 ABR 23/54 - BAG 1, 182; AP Nr. 3 zu § 76 BetrVG; BB 55, 65

BAG Beschluss vom 24.5.1957 - 1 ABR 4/56 - BAG 4, 176; AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG (Kötter); SAE Nr. 102 (Vallenthin); BB 57, 928; Betr. 57, 870; NJW 57, 1574

BAG Beschluss vom 24.5.1957 - 1 ABR 8/56 - AP Nr. 7 zu § 92 ArbGG (Pohle); AP Nr. 8 zu § 76 BetrVG; SAE 1957 Nr. 64; BB 57, 785; Betr. 57, 750

e) Verschiedenes

Arbeitsrechtsblattei, erscheint im Forkelverlag, Stuttgart

Beiträge zur Aktienrechtsreform

Herausgegeben von Hans Hengeler u. a., Heidelberg 1959

Denkschrift zur Reform des Aktienrechts

Herausgegeben vom Bundesverband des privaten Bankgewerbes (E.V.), Köln April 1958

Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform der Ausschüsse Sonderprüfung und Konzernfragen im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.
Düsseldorf 1958

Finke Eberhart u. a.

Handwörterbuch des Versicherungswesens

Darmstadt 1958

Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes. Herausgegeben von:

Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesverband des privaten Bankgewerbes, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutscher Industrie- und Handelstag, Gesamtverband der Versicherungswirtschaft
Köln - Bonn 1959

Handbuch der deutschen Aktiengesellschaften
Darmstadt 1955/56

Referentenentwurf eines Aktiengesetzes

Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium

Köln 1958

Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts

Bericht der Studienkommission des Deutschen Juristentages Teil I: Bericht der Ausschüsse I (Ballerstedt) und II(Schilling), Tübingen 1955

Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages

Herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Tübingen 1952

Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages

Herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Tübingen 1957

Bd. I, Teil 3: Gutachten von Harold Rasch: Sind auf dem Gebiete des Konzernrechts gesetzgeberische Massnahmen gesellschaftsrechtlicher Art erforderlich?

Bd. II: Sitzungsberichte

Vorschläge zur Aktienrechtsreform

des Arbeitskreises Aktienrechtsreform im Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.

Düsseldorf 1956

Wer gehört zu wem?

Mutter- und Tochtergesellschaften von A - Z

Herausgegeben von der Commerz- und Creditbank AG

Zweite und erweiterte Auflage, 1955

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis
A-D-S	Adler, Düring, Schmaltz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BArbBl	Bundesarbeitsblatt
BB	Der Betriebsberater
BGH	Bundesgerichtshof
Beiträge	Beiträge zur Aktienrechtsreform
Betr.	Der Betrieb
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BlfStR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
Boldt MitbG	Boldt, Mitbestimmungsgesetz Eisen und Kohle
Boldt MitbErgG	Boldt, Mitbestimmungsergänzungsgesetz
DBetrVerf	Die Betriebsverfassung
Denkschrift Bankgewerbe	Denkschrift zur Reform des Aktienrechts
Die AG	Die Aktiengesellschaft
Dietz	Dietz, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung
Dietz Festschrift	Dietz, Der obligatorische Aufsichtsrat einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (in der Festschrift f. H. Lehmann z. 80. Geburtstag)
Dietz MitbR	Dietz, Das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht

D. J. T.	Deutscher Juristentag
E. AktG	Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
Erg. Vorschläge WP	Ergänzende Vorschläge zur Aktienrechtsreform
Fi-Kr	Fitting-Kraegeloh
FrFrWa	Froehlich, Franke, Wagner
Galperin	Galperin-Siebert
Gemeinsame Denkschrift	Gemeinsame Denkschrift zum Referentenentwurf eines Aktiengesetzes
Go-Wi	v. Godin-Wilhelmi
Haupt	Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hueck AktG	Baumbach-Hueck, Aktiengesetz
Hueck GmbHGes	Baumbach-Hueck, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Hueck Lehrbuch I	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kötter MitbG	Kötter, Mitbestimmungsrecht
Kötter MitbErgG	Kötter, Mitbestimmungsergänzungsgesetz
Kunkel	Wilke, Berg, Gottschling, Kunkel, Köhler: Handbuch der GmbH
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
MitbErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie

MitbG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
Nipperdey Lehrbuch II	Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Rasch Gutachten	Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages, Bd. I, Teil 3
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
Ritter	Ritter Carl, Ritter Justus: Aktiengesetz
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchlQu	Schlegelberger, Quassowski, Herbig, Gessler, Hefermehl: Aktiengesetz
Schmidt in Grosskomm.	Aktiengesetz. Grosskommentar
Schmidt in Hachenburg	Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
Te-Kö	Teichmann-Köhler: Aktiengesetz
Untersuchungen	Untersuchungen zur Reform des Unternehmensrechts
WO	Wahlordnung zum BetrVG
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht

VORWORT

Das Thema dieser Arbeit umfasst nur einen Teilbereich aus dem grossen Problemkreis des Mitbestimmungs- und Konzernrechts. Es würde jedoch über den Rahmen einer Dissertation hinausgehen, wollte man die Fragen der Mitbestimmung im Konzern oder gar der Mitbestimmung und des Konzernrechts im allgemeinen behandeln. Die Beschränkung auf das BetrVG wurde deshalb gewählt, weil das BetrVG für die überwiegende Mehrzahl der Gesellschaften gilt.

Bei der Darstellung und Erörterung der Rechtslage nach dem BetrVG soll besonders auf folgende drei Fragen eingegangen werden:

- 1) Was ist ein Konzern im Sinne des § 76 Abs. 4 BetrVG?
- 2) Können - soweit die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von der Grösse der Belegschaft abhängt - die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden?
- 3) Sind die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens uneingeschränkt wählbar oder kommt den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens ein gewisser Vorrang zu?

Diese Fragen wurden zwar schon viel erörtert, können aber noch nicht als gelöst bezeichnet werden. Die Vielzahl der bisher schon vorgeschlagenen Lösungsversuche hat zwar zu einer vertieften Behandlung der Konzernprobleme geführt, zugleich aber die Erkenntnis der heutigen Rechtslage nicht erleichtert, sondern erschwert.

Die vorliegende Arbeit versucht aufzuzeigen, dass nur eine Auslegung, die in erster Linie am Wortlaut des Gesetzes orientiert ist, den Bedürfnissen der Praxis, insbesondere dem Wunsch nach Rechtssicherheit, aber auch den Erfordernissen der Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit genügt.

Die aufgeworfenen Fragen sollen möglichst nur an Hand des BetrVG beantwortet werden. Auf das MitbG und das MitbErgG, sowie auf Reformbestrebungen, etwa den Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, wird grundsätzlich nur vergleichsweise und am Rande eingegangen. Auf allgemeine Erwägungen und rechtspolitische Forderungen zur Mitbestimmung und zum Konzernrecht wird grundsätzlich verzichtet. Soweit Erwägungen de lege ferenda angestellt werden, sind sie als solche gekennzeichnet.

1. KAPITEL

Der Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG

A. Einleitung

§ 76 IV BetrVG verwendet die Begriffe Konzern, herrschendes und abhängiges Unternehmen, ohne ausdrücklich zu bestimmen, wie sie auszulegen sind.

Eine für alle Fälle gültige Definition des Konzerns gibt es nicht. Sie ist wohl auch nicht möglich. Der Konzernbegriff ist ein Zweckbegriff und kann deshalb, je nach dem Zusammenhang, in dem er verwendet wird, einen unterschiedlichen Inhalt haben 1). So gibt es etwa im betriebswirtschaftlichen Schrifttum verschiedene Definitionen des Konzerns 2). Im Steuerrecht haben Rechtsprechung und Lehre einen besonderen Konzernbegriff entwickelt 3). Eine gesetzliche Begriffsbestimmung des Konzerns bringt § 15 AktG.

Nach Erlass des BetrVG ging man zunächst allgemein davon aus, dass § 15 AktG auch für § 76 IV BetrVG massgeblich sei. Auch heute kann diese Ansicht wohl noch als die herrschende oder doch jedenfalls zahlenmässig überwiegend vertretene bezeichnet werden. Es gibt jedoch eine nicht geringe Zahl von Autoren, die es ablehnen, den aktienrechtlichen Konzernbegriff für § 76 IV BetrVG zu übernehmen. Teils hält man es für erforderlich, den § 15 AktG zu modifizieren, teils glaubt man, überhaupt nur durch Schaffung eines neuen Konzernbegriffs dem Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG gerecht werden zu können.

Die Meinungsverschiedenheiten beruhen nicht nur auf einem Streit um Worte und Begriffe, sondern betreffen unmittelbar den Gehalt des § 76 IV BetrVG. Ausserdem ist die Klärung des "betriebsverfassungsrechtlichen" Konzernbegriffs eine wesentliche Voraussetzung für die Entscheidung weiterer Streitfragen, die sich an die §§ 76, 77 BetrVG knüpfen 4).

Die Frage nach dem für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriff ist deshalb einer eingehenden Untersuchung wert. Die Diskussion um die Anwendbarkeit des aktienrechtlichen Konzernbegriffs im Rahmen des § 76 IV BetrVG leidet manchmal darunter, dass die Vertreter der verschiedenen Ansichten sich schon über den Ausgangspunkt des Meinungsstreits, nämlich die Auslegung des § 15 AktG, nicht einig sind. Dies ist insofern vielleicht nicht zu vermeiden, als manche der § 15 AktG betreffenden Fragen tatsächlich bestritten sind. Zuweilen gewinnt man jedoch den Eindruck, dass die Unklarheiten eigentlich unnötig sind, weil sich zu den

1) Rasch Gutachten S. 53

2) Koberstein S. 59, Pausenberger S. 13 ff. m.w.N.

3) Bühler §§ 50, 51

4) vgl. unten Kapitel 2 und 3

betreffenden Fragen im Aktienrecht eine durchaus h. M. gebildet hat, die erst im Streit um § 76 IV BetrVG bewusst oder unbewusst wieder in Frage gestellt wird.

Um solche unnötigen Unklarheiten zu vermeiden, soll zunächst der aktienrechtliche Konzernbegriff kurz erörtert werden. Dabei soll insbes. die h. M. dargestellt werden. Denn wenn § 15 AktG für § 76 IV BetrVG überhaupt zu übernehmen ist, dann hat das nur einen Sinn, wenn man einen einigermaßen gesicherten Rechtsstand zugrundelegt. - In der Erörterung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs sollen besonders die Punkte hervorgehoben werden, die in der Auseinandersetzung um § 76 IV BetrVG eine Rolle spielen. Bezüglich der Einzelheiten muss auf das aktienrechtliche Schrifttum verwiesen werden.

B. Der aktienrechtliche Konzernbegriff 5)

I. Die Merkmale des § 15 Abs. 1 AktG.

§ 15 Abs. 1 AktG lautet:

Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

1. Rechtlich selbständige Unternehmen.

a. Unter einem Unternehmen versteht man eine organisatorische Einheit, die bestimmt wird durch den wirtschaftlichen oder ideellen Zweck, dem ein Betrieb oder mehrere Betriebe desselben Unternehmers dienen 6).

Als Betrieb bezeichnet man eine organisatorische Einheit, innerhalb derer ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft mit seinen Mitarbeitern mit Hilfe von sächlichen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt 7).

Im Vergleich zum Betrieb ist das Unternehmen also der weitere Begriff. Handelt es sich beim Betrieb um die Einheit des unmittelbaren (technischen) Zwecken, so werden die Unternehmensbestandteile - die an sich den Betriebsbestandteilen völlig entsprechen können - zusammengehalten durch die Einheit des entfernteren Zweckes, der für den Unternehmer das Motiv für seine Tätigkeit bildet. Zweck des Betriebes kann etwa die Herstellung bestimmter Produkte, Zweck des Unter-

5) Soweit nichts anderes angegeben ist, beziehen sich die in den Anmerkungen zu diesem Abschnitt angegebenen Kommentarstellen auf § 15 AktG

6) Hueck Lehrbuch I S. 85

7) Hueck Lehrbuch I S. 81

nehmens die Erzielung von Gewinn sein. Ein Unternehmen kann mehrere Betriebe umfassen, dagegen nicht ein Betrieb mehrere Unternehmen.

b. Nach heute im Aktienrecht wohl völlig einhellig vertretener Ansicht lässt die konzernmässige Zusammenfassung die rechtliche Selbständigkeit der Konzernunternehmen unberührt 8). Die Einheitstheorie, wonach ein Konzern als ein Unternehmen angesehen wurde, hat das Reichsgericht ausdrücklich aufgegeben 9). Das Wesen des Konzerns besteht gerade darin, dass die beteiligten Unternehmen trotz mehr oder weniger weit gehender wirtschaftlicher Einheit ihre rechtliche Selbständigkeit behalten. Insoweit steht die Konzernbildung im Gegensatz zur Fusion 10). Auf die Rechtsform der zusammengeschlossenen Unternehmen kommt es nicht an 11).

2. Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung.

a. Zusammenfassung.

Zur Zusammenfassung gehört, dass die Unternehmen derart miteinander verbunden werden, dass sie am jederzeitigen Auseinandergehen gehindert sind 12). Es muss sich um Verhältnisse von gewisser Dauer handeln, durch welche den beteiligten Unternehmen die Möglichkeit, so oder so zu handeln, genommen wird 13).

b. Einheitliche Leitung.

Neben der Zusammenfassung i. S. eines die Unternehmen zusammenhaltenden Bandes muss eine einheitliche Leitung bestehen. Die Unternehmen müssen der Einwirkung von einer Stelle aus unterliegen 14). Diese Stelle muss weisungsberechtigt sein 15).

Die Leitung kann bei einem Unternehmen, aber auch bei einer anderen Stelle, etwa einem besonderen Konzernorgan, einer Einzelperson, etc. liegen 16).

c. Ausmass der Zusammenfassung und Leitung.

Die Zusammenfassung der Unternehmen und ihre einheitliche Leitung muss sich auf die Unternehmen als ganze beziehen. Es genügt nicht, dass die Zusammenfas-

8) Te-Kö § 15 Anm. 1 u. 5; SchlQu Anm. 6; Schmidt in Grosskomm. Anm. 2 u. 4; BGH 15, 389 und 22, 234

9) RG 115, 246 (253) gegen RG 108, 41

10) SchlQu Anm. 7

11) Te - Kö Anm. 1; Ritter Anm. 3; Schmidt in Grosskomm. Anm. 2; SchlQu Anm. 7

12) SchlQu Anm. 8

13) Go - Wi Anm. II 1

14) SchlQu Anm. 8

15) Schmidt in Grosskomm. Anm. 2

16) SchlQu Anm. 8; Ritter Anm. 3d; Hueck AktG Anm. 2 A c

sung und zentrale Leitung nur gewisse Funktionen erfasst 17). Das heisst aber nicht, dass die einheitliche Leitung sich auf alle Einzelheiten erstrecken muss. Es genügt, wenn die grosse Linie der Unternehmensführung, die Geschäftspolitik des Konzerns, einheitlich bestimmt wird 18).

Der Begriff "einheitliche Leitung" ist nicht so zu verstehen, dass für alle Konzernunternehmen die gleichen Grundsätze massgebend sein müssten. Die Geschäftsführung der einzelnen Unternehmen kann durchaus von verschiedenen Gesichtspunkten bestimmt und auf verschiedene Zwecke gerichtet sein. Entscheidend ist nur, dass die Führung der einzelnen Unternehmen von einer zentralen Stelle aus nach einem bestimmten Plan koordiniert und gesteuert wird 19).

d. Mittel der Zusammenfassung und Leitung.

Durch welche Mittel die Zusammenfassung und einheitliche Leitung der Konzernunternehmen herbeigeführt und gewährleistet wird, ist gleichgültig. Es kann sich um dieselben Gegebenheiten handeln, auf denen ein Abhängigkeitsverhältnis gem. § 15 Abs. 2 AktG beruhen kann 20). Auch für § 15 Abs. 1 ist nicht erforderlich, dass das Konzernverhältnis rechtlich begründet ist, auch rein tatsächliche Umstände genügen 21).

Es kommt nicht darauf an, ob zwischen den Konzernunternehmen eine besondere organisatorische Verbindung, etwa in Gestalt besonderer Konzernorgane, besteht oder ob die einzelnen Unternehmen dem Konzern sonst irgendwie organisatorisch eingegliedert sind 22). Wichtig ist nur, dass die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung nicht auf zufälligen und vorübergehenden, sondern auf dauerhaften Gegebenheiten beruht 23).

3. Zusammenfassung zu wirtschaftlichen Zwecken.

§ 15 Abs. 1 setzt voraus, dass die Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken zusammengefasst sind. Zusammenfassungen, die ideellen, z.B. politischen Zwecken oder rein persönlichem Macht- oder Geltungsdrang dienen, begründen keinen Konzern i.S. des § 15 Abs. 1 24). Aus dem Erfordernis des wirtschaftlichen Zwecks kann dagegen nicht hergeleitet werden, dass nur Unternehmen gleicher oder ähn-

17) SchlQu Anm. 8; Go - Wi Anm. II 1; Te - Kö Anm. 2

18) Huber I S. 419, 422

19) SchlQu Anm. 8; Huber I S. 419

20) SchlQu aaO

21) Go - Wi Anm. II 1; SchlQu Anm. 8; Te - Kö Anm. 2; Schmidt in Grosskomm. Anm. 2; Hueck AktG Anm. 2 A c; Huber I S. 422; Friedlaender § 20 B; Kötter MitbErgG § 3 Anm. 3

22) Ritter Anm. 4 b

23) SchlQu Anm. 8

24) Schmidt in Grosskomm. Anm. 2; Te - Kö Anm. 3

licher Wirtschaftszweige einen Konzern bilden können. Ein Konzern kann auch aus völlig wesensfremden Unternehmen bestehen 25).

Ein wirtschaftlicher Zweck liegt schon dann vor, wenn die Zusammenfassung darauf abzielt, gemeinsame Vermögensinteressen der Konzernunternehmen zu wahren 26), wenn der Sinn der Zusammenfassung darin besteht, für die Konzernglieder wirtschaftliche Vorteile zu erlangen und wirtschaftliche Nachteile zu vermeiden 27).

Nach Adler-Düring-Schmaltz genügt es schon, wenn die Finanzierung der einzelnen Unternehmen einheitlich erfolgt 28).

II. Die Merkmale des § 15 Abs. 2 AktG.

§ 15 Abs. 2 lautet:

Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.

1. Rechtlich selbständige Unternehmen.

Das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses lässt die rechtliche Selbständigkeit der beteiligten Unternehmen unberührt. Es gilt dasselbe wie für Konzernunternehmen i. S. des § 15 Abs. 1 29).

2. Beherrschender Einfluss.

a. Ein beherrschender Einfluss liegt dann vor, wenn ein Unternehmen über Mittel verfügt, die es ihm ermöglichen, einem oder mehreren anderen Unternehmen seinen Willen aufzuzwingen. Ob von der Möglichkeit der Beherrschung tatsächlich Gebrauch gemacht wird, ist für § 15 Abs. 2 nicht entscheidend 30).

Der Einfluss muss von dem herrschenden Unternehmen als solchem ausgehen und sich auf das abhängige Unternehmen als solches beziehen. Ein rein persönlicher

-
- 25) SchlQu Anm. 9; Ritter Anm. 3 b; Schmidt in Grosskomm. Anm. 2 und 5; Bühler S. 252 f., 264 f.; A-D-S Anm. 114 zu § 128; a. A. Go - Wi Anm. 7
 26) Schmidt in Grosskomm. Anm. 5
 27) Ritter Anm. 3 b
 28) A-D-S § 128 Anm. 114
 29) vgl. oben B I 1
 30) RGZ 167, 40 (49); RGZ 149, 305; SchlQu Anm. 13; Ritter Anm. 4 b; Go - Wi Anm. II 9

Einfluss etwa von Organen des einen Unternehmens auf Organe eines anderen genügt nicht 31).

b. Es ist nicht erforderlich, dass der beherrschende Einfluss sich auf alle Einzelheiten erstreckt. Es muss aber das Unternehmen als ganzes erfasst werden; die Abhängigkeit darf nicht nur bezüglich bestimmter Funktionen bestehen.

Das herrschende Unternehmen muss dem abhängigen in allen wesentlichen Fragen seinen Willen aufzwingen können 32).

c. Bezüglich der Mittel, auf denen das Abhängigkeitsverhältnis beruhen kann, gilt genau dasselbe wie für Konzernverhältnisse gem. § 15 Abs. 1 33). Auch § 15 Abs. 2 setzt voraus, dass es sich um dauerhafte, nicht lediglich zufällige und vorübergehende Gegebenheiten handelt 34). Im übrigen aber kommen - ebenso wie für § 15 Abs. 1 - alle nur denkbaren Mittel der Beherrschung in Betracht, gleichgültig ob sie rechtlicher oder rein tatsächlicher Natur sind 35). Die Beherrschung durch Beteiligung ist nur beispielsweise angeführt, weil sie in der Praxis wohl am häufigsten ist. Meist wird dabei nur der Besitz der absoluten Mehrheit ein Abhängigkeitsverhältnis begründen können. Falls der Anteilsbesitz im übrigen jedoch sehr zersplittert ist, kann schon der Besitz einer geringeren Mehrheit die Beherrschung ermöglichen 36). Allerdings ist in diesen Fällen besonders sorgfältig zu prüfen, ob es sich auch wirklich um eine dauerhafte, nicht lediglich um eine zufällige Mehrheit handelt.

Bei wechselseitiger ungefähr gleich hoher Beteiligung kann in der Regel keines der Unternehmen dem anderen seinen Willen aufzwingen, sodass § 15 Abs. 2 nicht zutrifft. U.U. kann in solchen Fällen aber ein Konzern nach § 15 Abs. 1 vorliegen 37).

31) SchlQu Anm. 8 und 13; Go - Wi Anm. II 9

32) SchlQu Anm. 13; Ritter Anm. 4 b

33) SchlQu Anm. 8

34) SchlQu Anm. 13; Hueck AktG Anm. 3 A und B zu § 15; A-D-S Anm. 123 zu § 128; RGZ 167, 50; Haupt S. 191; a.A. Go - Wi Anm. II 9; Ritter Anm. 4 b

35) SchlQu Anm. 13; Go - Wi Anm. II 9; Schmidt in Grosskomm. Anm. 4; Ritter Anm. 4 jeweils zu § 15; A-D-S Anm. 123 zu § 128; Haupt S. 191

36) SchlQu Anm. 17; Schmidt in Grosskomm. Anm. 4 zu § 15; A-D-S Anm. 124 zu § 128

37) wie hier: Schmidt in Grosskomm. Anm. 4; SchlQu Anm. 14; Te - Kö Anm. 4 jeweils zu § 15; A-D-S Anm. 14 zu § 128; RGZ 149, 308; Boesebeck Betr. 54, 401; a.A. Hefermehl Betr. 55, 304 vgl. auch E AktG § 18, Kropff Betr. 59, 15; Boesebeck BB 59, 15; Rasch Gutachten S. 43 ff

Ausser auf Beteiligungsbesitz kann ein Abhängigkeitsverhältnis - ebenso wie eine einheitliche Leitung - sich etwa auf Stimmenmacht, vertragliche Vereinbarungen (Organschafts- 38), Pacht-, Betriebsüberlassungs-, Betriebsführungs-, Interessengemeinschaftsverträge) satzungsmässige Rechte oder Personalunion bzw. -austausch in den leitenden Stellen stützen. In der Praxis werden meist mehrere Mittel kombiniert. Die dabei möglichen Variationen sind so vielfältig, dass sie sich kaum in ein Schema bringen lassen 39). Oft kann nur nach genauer Prüfung im Einzelfall entschieden werden, ob ein Konzernverhältnis besteht oder nicht 40). Entscheidend ist dabei nicht die formale Organisation, sondern die wirtschaftliche Auswirkung der Unternehmensverbindung. Die Mittel der Beherrschung - und zwar alle zur Verfügung stehenden Mittel - und der Erfolg müssen stets im Zusammenhang gesehen werden 41).

3. Beherrschung zu wirtschaftlichen Zwecken.

Ob die Beherrschung - wie im Falle des § 15 Abs. 1 die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung - wirtschaftlichen Zwecken dienen muss, ist bestritten. Nach wohl h. M. ist die Frage zu bejahen 42).

Die Vertreter der Gegenmeinung lehnen das Erfordernis eines wirtschaftlichen Zweckes zum Teil wohl nur deshalb ab, weil sie dieses Merkmal im Gegensatz zur h. M. sehr eng auslegen. Sie gehen davon aus, dass der wirtschaftliche Zweck ein gemeinschaftlicher sein müsse und dass deshalb nur gleichartige oder ähnliche Unternehmen einen Konzern nach § 15 Abs. 1 bilden könnten 43).

Ein so eng verstandener wirtschaftlicher Zweck ist in der Tat bei § 15 Abs. 2 nicht

-
- 38) Organschaftsverträge sind, nicht zuletzt aus steuerlichen Gründen, ein viel benutztes Mittel zur Konzernbildung. Vgl. aus dem umfangreichen Schrifttum insbes. Hueck Betr. 59, 223; Duden BB 57, 49; Ballerstedt Betr. 56, 813 und 837; Rasch BB 52, 469; Flume Betr. 54, 485 und 56, 455; Bühler § 50; jeweils mit weiteren Nachweisen.
- 39) vgl. im einzelnen: Schmidt in Grosskomm. Anm. 4; SchlQu Anm. 16 - 21; A-D-S Anm. 130 - 150 zu § 128; Rasch S. 39 ff; Friedlaender § 20 B; Bühler Anhang z. 2. Teil; Pausenberger S. 54 - 94 und S. 128 ff mit praktischen Beispielen und Schaubildern.
- 40) Te - Kö Anm. 3; Go - Wi Anm. II 9
- 41) A-D-S Anm. 150 zu § 128
- 42) Schmidt in Grosskomm. Anm. 5; Hueck AktG Anm. 3 E; Rasch S. 40 Anm. 88; Friedlaender S. 138; Kauffmann Betr. 57, 1153; Herold NJW 53, 724; Weitzel BB 52, 806; a. A. SchlQu Anm. 15; Te - Kö Anm. 3; Go - Wi Anm. II 7; zweifelnd Ritter Anm. 4 a
- 43) so z. B. Go - Wi aaO

zu fördern. Wenn man jedoch der für § 15 Abs. 1 h. M. folgt, wonach schon die Wahrung gemeinsamer Vermögensinteressen als Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke anzusehen ist 44), wird man einen so verstandenen wirtschaftlichen Zweck auch für § 15 Abs. 2 fordern müssen. Abgesehen davon, dass es der Sinn der an § 15 AktG anknüpfenden Vorschriften ist, wirtschaftlichen Missbräuchen entgegenzutreten 45), ist wohl kaum ein Fall denkbar, wo mit der Beherrschung, neben vielleicht ebenfalls bestehenden ideellen Zwecken oder persönlichen Machtbestrebungen, nicht auch Vermögensinteressen verfolgt werden sollen.

Wenn man also bez. der Auslegung des Merkmals "zu wirtschaftlichen Zwecken" der herrschenden Meinung folgt, ist der Streit um seine Erforderlichkeit im Rahmen des § 15 Abs. 2 praktisch wohl ohne Bedeutung.

III. Zusammenfassung.

Wie sich aus den Erörterungen oben I. und II. ergibt, stimmen die Voraussetzungen der §§ 15 Abs. 1 und 2 in wesentlichen Punkten völlig überein: Durch das Bestehen eines Konzern- oder Abhängigkeitsverhältnisses wird die rechtliche Selbständigkeit der betroffenen Unternehmen nicht berührt.

Die Mittel, auf denen die Zusammenfassung unter einheitlicher Leitung, bzw. die Abhängigkeit beruhen, können genau dieselben sein. In beiden Fällen kann es sich um rechtlich gesicherte oder auch nur um rein tatsächliche Verhältnisse handeln.

Weder § 15 Abs. 1 noch § 15 Abs. 2 setzen voraus, dass die Konzernunternehmen der Obergesellschaft organisatorisch eingegliedert sein müssen. Immer aber muss es sich um Verhältnisse von gewisser Dauer handeln. Rein zufällige und vorübergehende Umstände können weder nach § 15 Abs. 1 noch nach § 15 Abs. 2 einen Konzern begründen.

Nicht nur bei § 15 Abs. 1, sondern auch bei § 15 Abs. 2 muss die Unternehmensverbindung - nach wohl h. M. - wirtschaftlichen Zwecken, d. h. Vermögensinteressen dienen.

2. Die Unterschiede zwischen § 15 Abs. 1 und Abs. 2 bestehen in folgendem:

a. § 15 Abs. 1 setzt voraus, dass die zusammengefassten Unternehmen einheitlich geleitet werden. Ein Abhängigkeitsverhältnis nach § 15 Abs. 2 ist schon dann anzunehmen, wenn ein Unternehmen die Möglichkeit hat, einem anderen Unternehmen in allen entscheidenden Fragen seinen Willen aufzuzwingen. Es wird nicht ausdrücklich verlangt, dass von dieser Möglichkeit auch wirklich Gebrauch gemacht wird.

b. Die Leitung der zusammengefassten Unternehmen muss nicht unbedingt bei ei-

44) vgl. oben S. 26 Anm. 26

45) Hueck AktG Anm. 3 E

nem herrschenden Unternehmen liegen. Sie kann auch von einer anderen Stelle - etwa einem besonderen Gemeinschaftsorgan - ausgeübt werden und die Gleichberechtigung aller Konzernunternehmen unberührt lassen.

Der beherrschende Einfluss i. S. des § 15 Abs. 2 muss dagegen stets von einem herrschenden, den anderen Konzernunternehmen übergeordneten Unternehmen ausgehen.

3. Das Verhältnis, in dem § 15 Abs. 1 und 2 zueinander stehen, ist noch nicht völlig geklärt:

Weil die Frage, ob auch für § 15 Abs. 2 ein wirtschaftlicher Zweck zu fordern ist, nicht einmütig beantwortet wird, ist man sich auch noch nicht einig, ob § 15 Abs. 2 lediglich eine besondere Art eines Konzerns nach § 15 Abs. 1 beschreiben will 46) oder ob ihm eine gewisse selbständige Bedeutung zukommt 47).

Trotzdem besteht im aktienrechtlichen Schrifttum aber völlige Einmütigkeit darüber, dass ein Konzern i. S. des AktG stets vorliegt, wenn entweder die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 oder die des § 15 Abs. 2 erfüllt sind 48) 49).

C. Die Diskussion um die Anwendung des § 15 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG

I. Allgemeines.

Es wurde bereits angedeutet, dass die jahrelangen Diskussionen um die Auslegung des § 76 IV BetrVG - trotz oder vielleicht auch wegen einer vertieften Behandlung der aufgeworfenen Probleme - die Erkenntnis der heutigen Rechtslage nicht erleichtert, sondern erschwert haben. Das gilt besonders für die Frage nach dem Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG:

Bei oberflächlicher Betrachtung könnte man meinen, dass eigentlich nur drei Standpunkte vertreten werden:

46) Schmidt in Grosskomm. Anm. 5

47) Te - Kö Anm. 3; Go - Wi Anm. II 7; Ritter Anm. 4 a; SchlQu Anm. 15 und 22

48) Schmidt in Grosskomm. Anm. 5; SchlQu Anm. 22; Ritter Anm. 4 a; Go - Wi Anm. I a; Te - Kö Anm. 3; Hueck AktG Anm. 3 E; Huber I S. 419; A-D-S Anm. 119 zu § 128

49) Die Meinung, dass nur § 15 Abs. 1 den Konzernbegriff formuliere, während § 15 Abs. 2 lediglich eine Fiktion darstelle ist erst in den Erörterungen um § 76 BetrVG aufgetaucht und soll deshalb weiter unten behandelt werden.

- 1) Anwendung des § 15 Abs. 1 und 2
- 2) Beschränkung auf § 15 Abs. 1
- 3) Entwicklung eines neuen Begriffs.

Diese Einteilung bietet jedoch nur einen ersten Überblick. In Wahrheit besteht eine ganze Skala von Auffassungen. Selbst die Gruppe derer, die für eine Anwendung des § 15 Abs. 1 und 2 eintreten, ist nicht einheitlich, weil einige Autoren in der Auslegung des § 15 AktG von der h. M. abweichen und andere den § 15 nur unter gewissen Einschränkungen übernehmen wollen.

Noch grössere Unterschiede bestehen in der zweiten Gruppe. Nur wenige Autoren lassen es nämlich mit einer Beschränkung auf § 15 Abs. 1 AktG in der nach h. M. geltenden Auslegung bewenden. Meist wird auch § 15 Abs. 1 ausdrücklich oder sozusagen stillschweigend noch weiter eingeschränkt. Die Modifikationen gehen dabei bisweilen so weit, dass vom Gehalt des § 15 Abs. 1 nicht mehr viel übrig bleibt.

Soweit ausdrücklich ein neuer Konzernbegriff gefordert wird, gehen die Meinungen über seinen Inhalt naturgemäss ebenfalls stark auseinander.

Im folgenden werden zunächst die Gründe dargestellt, die für eine uneingeschränkte Übernahme des § 15 AktG sprechen. Anschliessend werden die verschiedenen Gegenmeinungen - geordnet nach ihren Autoren - skizziert. Auf Einzelmeinungen wird dabei sofort eingegangen. Zum Schluss werden die immer wieder vorgebrachten Einwände gegen eine Übernahme des § 15 AktG im Zusammenhang dargestellt und kritisiert.

II. Für die Anwendung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs (§ 15 Abs. 1 und 2 AktG).

1) Für völlig uneingeschränkte Anwendung.

Nach der in Schrifttum und Rechtsprechung jedenfalls zahlenmässig überwiegenden Meinung gilt für § 76 IV BetrVG der aktienrechtliche Konzernbegriff 50). Trotz

- 50) Schmidt in Grosskomm. § 15 Anm. 9, 2); Hueck AktG Anh. nach § 86 Anm. 5; Hueck GmbHGes. Schlussanh. Anm. 6 C; Rasch S. 133 Anm. 299; Friedlaender § 19 B VIII 2, § 20 A und § 12 B; FrFrWa S. 21, 22; Huber II S. 562; Treichel S. 306; Weitzel BB 1952, 806; Herold NJW 53, 725; v. Köhler BB 53, 562, Anm. 16; v. Winterfeld ArbuR 54, 202; Radke ArbuR 1958, 164 f; Bergmann NJW 53, 83; Schlessmann Betr. 52, 1088; Kretzschmar BB 52, 861; Galperin Anm. 31, Meissinger Anm. 9, Monjau Anm. 3, Sahmer Anm. 21, 22, Küchenhoff Anm. 4 jeweils zu § 76 BetrVG; Bundesarbeitsministerium v. 20.3.53 - III a 302/53; BAG 1, 166 (168); ArbG Frankfurt/M. BB 54, 27;

zahlreicher, oft mit ausführlicher Begründung versehener Gegenstimmen kann diese Auffassung wohl auch heute noch als die herrschende bezeichnet werden. Es muss zwar eingeräumt werden, dass die Vertreter der uneingeschränkten Übernahme des § 15 AktG für ihre Ansicht verschiedentlich wenig oder gar keine Begründung angeben, trotzdem verliert ihre Meinung aber keineswegs an Gewicht.

§ 76 IV BetrVG betrifft die Aktiengesellschaften. Er gebraucht die Begriffe Konzern, sowie herrschendes und abhängiges Unternehmen, ohne sie eigens zu erläutern. In § 15 AktG sind diese Begriffe näher definiert. Jahrzehntelange Bemühungen in Rechtsprechung und Lehre haben zu einer einigermaßen gesicherten Auslegung des § 15 AktG geführt. Muss es da nicht naheliegend erscheinen, dass § 15 AktG auch für § 76 IV BetrVG gelten soll?

Man muss das jedenfalls dann annehmen, wenn man mit der wohl h. M. davon ausgeht, dass § 76 IV BetrVG nicht nur rein zufällig dieselbe Terminologie verwendet wie § 15 AktG und nicht nur äusserlich und formal die Aktiengesellschaften betrifft, sondern seinem Wesen nach selbst eine gesellschaftsrechtliche Vorschrift darstellt und eigentlich ins AktG gehört 51). Aber selbst wenn man den § 76 BetrVG nicht für eine gesellschaftsrechtliche, sondern für eine arbeitsrechtliche 52), betriebsrechtliche 53), oder unternehmensrechtliche 54) Vorschrift hält, läge eine Heranziehung des § 15 AktG nahe:

Das BetrVG hat das Aktiengesetz grundsätzlich unberührt gelassen. Wegen aller Fragen, welche die Aktiengesellschaften betreffen und im BetrVG nicht ausdrücklich geregelt sind, ist deshalb auf das AktG zurückzugreifen 55). Wenn es im Sinne des Gesetzgebers gelegen hätte, die Begriffe Konzern, herrschendes und abhängiges Unternehmen für § 76 BetrVG anders zu fassen als in § 15 AktG, so hätte es einer ausdrücklichen Regelung bedurft 56). Da eine solche nicht getroffen wurde, ist bei der Auslegung des § 76 IV BetrVG von § 15 AktG, und zwar § 15 Abs 1 und 2 auszugehen 57).

Fortsetzung der Fussnote 50):

LAG Hamburg und Frankfurt/M. BB 54, 657 und 686; ArbG Hamburg AP 54 Nr. 11.

nicht eindeutig: Bührig Anm. 24 zu § 76 BetrVG; Schnorr v. Carolsfeld S. 449
Bobrowski S. 533, 534

51) Meissinger Betr. 56, 688, DBetrVerf 56, 130, Betr. 57, 237; Schilling RdA 54, 441; Froehlich-Wagner BB 54, 693; Schmidt in Hachenburg Anh. I zu § 52 Einl. 3; Dietz MitbR S. 16; Vgl. auch E AktG § 91

52) Nikisch Arbeitsrecht 2. Auflage Bd. 1 § 1 I 2, III 2;

53) Gericke ArbuR 57, 331

54) Kunze ArbuR 58, 289

55) Fi - Kr Anm. 71 zu § 76 BetrVG; FrFrWa S. 20

56) Herold NJW 53, 725; FrFrWa S. 21

57) Schmidt in Grosskomm. § 15 Anm. 9, 2; Rasch S. 133 Anm. 299

Dabei ist allerdings zu beachten, dass unter § 76 IV BetrVG nur solche Konzerne fallen, an deren Spitze ein aufsichtsratspflichtiges Unternehmen steht 58). Diese Einschränkung ergibt sich unmittelbar aus § 76 IV BetrVG.

Für sonstige Einschränkungen oder gar ein völliges Abgehen von den Regelungen des § 15 AktG lässt § 76 IV BetrVG jedoch keinen Raum. Es kann nicht angenommen werden, dass § 76 IV BetrVG bezüglich des Konzernbegriffs eine Lücke aufweist oder dass die Formulierung des für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriffs bewusst offen geblieben und der Rechtsprechung und Lehre überlassen worden ist 59).

Eine Äusserung des an den Gesetzgebungsarbeiten massgeblich beteiligten Bundesarbeitsministeriums vom 20.3.1953 60) ergibt eindeutig, dass bei Schaffung des § 76 IV BetrVG ausdrücklich eine Bezugnahme auf § 15 AktG gewollt war, und dass man an dieser Regelung auch später bewusst festgehalten hat.

Angeichts der vielfältigen Streitigkeiten, die um den Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG entbrannt sind, ist es auch kaum vorstellbar, dass seine Klärung der Rechtsprechung und Lehre überlassen werden sollte. § 76 IV BetrVG musste sofort angewendet werden. Zahlreiche Aufsichtsräte waren nach der neuen Bestimmung zu bilden. Es ist kaum denkbar, dass ihre Zusammensetzung sich statt nach der einigermassen geklärten Vorschrift des § 15 AktG nach erst künftig zu entwickelnden und - wie vorauszusehen - sehr unterschiedlichen Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum bestimmen sollte 61).

Damit soll nicht gesagt werden, dass alle Diskussionen um den Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG vom Übel seien. Man sollte aber Erwägungen de lege ferenda und de lege lata streng getrennt behandeln. Und da zunächst jedenfalls alles dafür spricht, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des § 76 IV BetrVG von den in § 15 AktG formulierten Begriffen ausgehen wollte, sollte man de lege lata eine abweichende Ansicht nur vertreten, wenn wirklich zwingende Gründe eine Anwen-

58) Auf die Rechtsform der abhängigen Unternehmen kommt es nicht an. Auch die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen, die selbst nicht unter die §§ 76, 77 BetrVG fallen, sind teilnahmeberechtigt.

59) Herold aaO

60) III a 302/53: Eine Definition des Begriffs "herrschendes Unternehmen eines Konzerns" i. S. des § 76 IV ist in der Rechtsverordnung zur Durchführung des BetrVG nicht enthalten. Es ist zwar beabsichtigt, in einer weiteren Rechtsverordnung die Wahl durch Wahlmänner zu regeln. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob es möglich sein wird, die angeregte Begriffsbestimmung in genauere Weise vorzunehmen als dies durch die für die Auslegung massgebenden Vorschriften des § 15 AktG geschehen ist. Zitiert nach FrFrWa S. 20

61) aA Gericke ArbuR 57, 331

dung des § 15 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG schlechthin unvertretbar erscheinen lassen. Denn auch eine nicht in allen Punkten befriedigende Gesetzesregelung kann besser sein als gar keine, zumal wo es um die auf Dauer angelegte Organisation einer juristischen Person geht. Die Änderung des geltenden Gesetzesstandes muss grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Eine Auslegung sözusagen contra legem muss seltene Ausnahme bleiben. Sie erscheint wenig sinnvoll, wenn sie nicht zwingend aus der Natur der Sache folgt, sondern zumindest nebenbei auch von subjektiven Wertungen abhängig ist und deshalb kaum Aussicht hat, sich allgemein durchzusetzen. Auf jeden Fall sollte man es vermeiden, den Eindruck entstehen zu lassen, man versuche die Mitbestimmungsgesetze dadurch zu "korrigieren", dass man sie möglichst kleinlich handhabt und restriktiv auslegt 62).

Wo die Beziehungen zwischen dem herrschenden und den abhängigen Unternehmen so weitläufig sind, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen selbst an der Anwendung des § 76 IV BetrVG kein Interesse haben 63), soll man es den Arbeitnehmern überlassen, ob sie auf ihr Teilnahmerecht verzichten wollen oder nicht 64).

Die weite Fassung des § 15 AktG kann zwar dazu führen, dass eine Konzernleitung es u.U. ohne böse Absicht versäumt, die Arbeitnehmer eines abhängigen Unternehmens an der Wahl zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zu beteiligen, diese Möglichkeit kann man aber in Kauf nehmen. Der in dem Versehen der Konzernleitung liegende Verstoss würde zwar die Anfechtbarkeit der Wahl begründen, die Anfechtung könnte aber nur innerhalb von 14 Tagen, vom Tage der Bekanntgabe des Wahlergebnisses an gerechnet, erfolgen, weil bis zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung auf die Anfechtung der Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat der § 18 BetrVG entsprechend anzuwenden ist 65).

2) Gewisse Besonderheiten.

Während die meisten der oben S. 31 Anm. 50 genannten Autoren die Übernahme

62) Rasch S. 133 Anm. 299

63) vgl. Schlessmann Betr. 52, 1088 ff

64) Ein Verzicht auf die Anwendung des § 76 IV BetrVG ist möglich. Dies muss man daraus entnehmen, dass die Arbeitnehmer sogar auf die Wahl von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat überhaupt, also auf die Anwendung der Gesamtregelung der §§ 76, 77 BetrVG, verzichten können. Vgl. statt aller Nipperdey Lehrbuch II S. 894 m. w. N.

65) vgl. BAG AP Nr. 2 (= BB 54, 1028) und AP Nr. 3 (= BB 55, 65) zu § 76 BetrVG; Kauffmann Betr. 55, 1164; Galperin § 76 Anm. 60 und Nipperdey aaO S. 892 m. w. N.

des aktienrechtlichen Konzernbegriffs befürworten, ohne dazu nähere Ausführungen zu machen, weisen andere auf gewisse Voraussetzungen der Anwendung des § 76 IV BetrVG besonders hin. Dabei wird leider nicht immer deutlich, ob sie glauben, die aufgestellten Erfordernisse aus § 15 AktG ableiten zu können oder ob sie § 15 AktG für § 76 IV BetrVG nur unter gewissen Abwandlungen übernehmen wollen.

a. Herold 66) und Weitzel 67) fordern auch für ein Konzernverhältnis gem. § 15 Abs. 2 AktG das Vorliegen eines wirtschaftlichen Zwecks. Dies entspricht an sich der wohl h. M. 68) Herold und Weitzel scheinen im Gegensatz zur h. M. aber davon auszugehen, dass der wirtschaftliche Zweck ein gemeinschaftlicher in dem Sinne sein müsse, dass nur gleichartige oder ähnliche Unternehmen einen Konzern bilden können 69). Dieser Auffassung schliesst sich Galperin bei der Auslegung des § 76 IV BetrVG an, allerdings ohne sich ausdrücklich auf § 15 AktG zu stützen 70).

b. Hueck 71) weist darauf hin, dass für § 15 Abs. 2 AktG nicht schon ein überwiegender Einfluss genüge, sondern dass der Wille des herrschenden Unternehmens die Handlungen, insbes. die Geschäftsführung, der abhängigen Unternehmen bestimmen müsse. Damit soll aber wohl nicht gesagt werden, dass für § 15 Abs. 2, oder doch seine Anwendung im Rahmen des § 76 IV BetrVG, über die Möglichkeit der Beherrschung hinaus auch die tatsächliche Ausübung der Beherrschung nachgewiesen werden muss. Denn die von Hueck aaO selbst angeführten Entscheidungen RG 167, 49 und RG in DR 1941, 1940 lassen ausdrücklich die Möglichkeit der Beherrschung genügen. Wahrscheinlich soll nur besonders betont werden, dass nicht schon unsichere Einflüsse, sondern erst die gesicherte Möglichkeit der Beherrschung in allen wesentlichen Fragen ein Abhängigkeitsverhältnis i. S. des § 15 Abs. 2 begründet.

III. Gegen die Anwendung des aktienrechtlichen Konzernbegriffs.

1) Für einen grundsätzlich auf § 15 AktG aufbauenden Konzernbegriff.

a. Schmidt 72) will § 76 IV BetrVG dann eingreifen lassen, wenn die in Frage stehenden Unternehmen einen Konzern nach § 15 Abs. 1 AktG bilden oder wenn die unternehmerische Leitung auf Grund tatsächlicher oder rechtlicher Verhältnisse

66) NJW 53, 725

67) BB 52, 806

68) vgl. oben S. 28

69) vgl. Go - Wi Anm. II 7 zu § 15 AktG

70) Anm. 31 b zu § 76 BetrVG; ähnlich Kunkel S. 806, 807

71) Hueck GmbHGes. Schlussanh. Anm. 6 C d

72) In Hachenburg § 52 Anh. I Anm. 4

beim herrschenden Unternehmen liegt. § 15 Abs. 2 soll nicht völlig ausgeschlossen werden. Es wird allerdings nicht klar, worin die Bedeutung des § 15 Abs. 2 im Rahmen des § 76 IV BetrVG liegen soll, wenn man für § 76 IV ausdrücklich das Vorliegen einer einheitlichen Leitung verlangt, es sei denn, man wollte im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 auf das Erfordernis des wirtschaftlichen Zwecks verzichten, was Schmidt aber anscheinend fern liegt.

In ähnlichem Sinne wie die Ausführungen Schmidts aaO sind wohl auch die nicht ganz eindeutigen Darlegungen Kauffmanns 73) zu verstehen.

b. Nach Fitting 74) und Maus 75) ist im Rahmen des § 76 IV BetrVG nur § 15 AktG Abs. 1, nicht auch Abs. 2 anwendbar. Die Teilnahme der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens sei nur gerechtfertigt, wenn das herrschende Unternehmen die abhängigen auch wirklich leite. Die bloße Möglichkeit der Beherrschung genüge nicht. Bei hoher Beteiligung, die nicht nur der Anlage von Vermögen oder der Kreditsicherung diene, spreche allerdings eine Vermutung für das Vorliegen einer einheitlichen Leitung 76). Fitting begründet seine Meinung mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes und meint, dass eine Beschränkung auf § 15 Abs. 1 AktG auch der Rechtssicherheit dienen würde, weil die Tatbestände des § 15 Abs. 1 im Gegensatz zu denen des § 15 Abs. 2 immer klar zu bestimmen seien 77). Nach Fitting und Maus kann die einheitliche Leitung auch auf tatsächlichen Gründen beruhen, sie muss nicht rechtlich begründet sein.

c. Auch v. Schenck, Froehlich und Wagner, Neumann-Duesberg und Gaul 78) wollen im Rahmen des § 76 IV BetrVG nur den Konzernbegriff des § 15 Abs. 1 AktG anwenden. Eine Anwendung auch des § 15 Abs. 2 verstosse gegen den Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG. § 15 Abs. 2 sei auch gar keine Definition des Konzerns, sondern lediglich eine Fiktion. Eine Anwendung des § 15 Abs. 2 im Rahmen des § 76 IV BetrVG sei auch deshalb abzulehnen, weil § 15 Abs. 2 auch rein zufällige, veränderliche, rein tatsächliche und rechtlich nicht fassbare Tatbestände erfasse. Für § 76 BetrVG müsse aber verlangt werden, dass das Herrschaftsverhältnis gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecken diene, zu einer organischen Verbindung

73) Betr. 57, 1152

74) Fi - Kr § 76 An. 72; AR - Blattei 11 D XV B II; DBetrVerf 57, 121; BARbBl 55, 142

75) § 76 Anm. 14; wie Fitting und Maus auch Groothoff S. 24 ff, insbes. S. 36 und 43

76) Fi - Kr aaO Anm. 72

77) Fitting BARbBl aaO

78) v. Schenck BB 53, 1067; Froehlich und Wagner BB 54, 693 und 55, 228; Neumann-Duesberg ZHR Bd. 118, S. 42 f., sämtliche mit sehr eingehender Begründung; Gaul RdA 54, 250

der beteiligten Unternehmen geführt habe und auf klaren und dauerhaften Tatbeständen, nämlich auf Rechtsgründen, beruhe.

Alle diese Erfordernisse glauben die genannten Autoren anscheinend aus § 15 Abs. 1 AktG ableiten zu können. Zu den Rechtsgründen rechnen sie auch die eindeutige Mehrheitsbeteiligung, nicht dagegen die Fälle, in denen - weil der Anteilbesitz im übrigen zersplittert ist - schon eine Minderheitsbeteiligung einen beherrschenden Einfluss begründen kann 79).

d. Nach Nipperdey 80) kommt als Grundlage für den Konzernbegriff in § 76 IV BetrVG nur die Begriffsbestimmung des § 15 Abs. 1 AktG in Frage, "wobei noch ein klares auf Rechtsgründen beruhendes Über- und Unterordnungsverhältnis hinzutreten müsse". Aus der Tatsache, dass Nipperdey die rechtliche Begründung des Herrschaftsverhältnisses zusätzlich fordert, muss man wohl schliessen, dass er im Gegensatz zu den oben c) genannten Autoren mit der durchaus h. M. darin übereinstimmt, dass unter § 15 Abs. 1 AktG nicht nur rechtlich begründete, sondern auch rein tatsächliche Herrschaftsverhältnisse fallen. Mit dieser Ansicht setzt er sich allerdings in Widerspruch, wenn er zur Begründung seiner Meinung auch auf § 9 MitbErgG verweist. Von einer Beschränkung auf Rechtsgründe ist dort nämlich nicht die Rede.

e. Auch Dietz 81) fordert für § 76 IV BetrVG, dass über die Möglichkeit der Beherrschung hinaus eine einheitliche Leitung besteht. Diese "zusätzlich geforderte" tatsächliche Beherrschung müsse im Gegensatz zu § 15 AktG auf Rechtsgründen beruhen, weil es bei § 76 IV BetrVG darum gehe, dass das Organ einer Gesellschaft anders als sonst zusammengesetzt sei. Das verlange ein eindeutiges rechtliches Verhältnis (Beteiligung, Vertrag, Satzung). Allerdings lässt Dietz auch eine stabile Minderheitsbeteiligung als Rechtsgrund gelten, obwohl die Abhängigkeit hier doch in erster Linie nicht auf Rechtsgründen, sondern auf der Tatsache beruht, dass der übrige Anteilsbesitz zersplittert ist 82).

f. Kötter glaubt sich der von Dietz vertretenen Meinung anschliessen zu sollen, damit der Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG mit dem des § 9 MitbErgG übereinstimme 83). Er übersieht dabei aber, dass § 9 MitbErgG den § 15 Abs. 1 AktG ohne die von Dietz geforderte Beschränkung auf Rechtsgründe in Bezug nimmt 84). Auch sonst sind die Ausführungen Kötters nicht ohne inneren Widerspruch: Einerseits verlangt er mit Dietz das Vorliegen einer einheitlichen Leitung, andererseits

79) Froehlich und Wagner BB 54, 693

80) Lehrbuch II S. 887

81) § 76 Anm. 56; Festschrift S. 697 Anm. 7; ebenso Goebel S. 117 ff

82) Hueck GmbHGes. Schlussanh. Anm. 6 C d

83) MitbErgG § 14 Anm. 4 d

84) vgl. Kötter aaO § 9 Anm. 3

betont er selbst, dass es bei der Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG auf den Grad der Beherrschung ankomme, "den die Konzernspitze auszuüben in der Lage ist (nicht: tatsächlich ausübt!)" 85).

Neben dem für § 76 IV BetrVG allgemein vertretenen Konzernbegriff will Kötter noch einen besonderen, engeren Konzernbegriff entwickeln, der dann gelten soll, wenn es darum geht, ob die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden können. Voraussetzung für die völlige Gleichstellung aller Arbeitnehmer eines Konzerns soll sein, dass das herrschende Unternehmen die abhängigen organschaftlich beherrscht 86).

Für diese Differenzierung bietet das Gesetz nicht den geringsten Anhaltspunkt. Das BetrVG trifft seine Regelung einheitlich für alle Konzerne. Eine Sonderbehandlung für gewisse Konzerne oder Konzernunternehmen ist nicht vorgesehen.

g. Nach Erdmann 87) ist für den Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG die gesetzliche Begriffsbestimmung des § 15 Abs. 2 massgebend. Erdmann schliesst allerdings den § 15 Abs. 1 nicht ausdrücklich aus. Da auch die Fälle, in denen ein Unternehmen ein anderes leitet, von § 15 Abs. 2 erfasst werden - auch Leitung begründet in diesem Falle Abhängigkeit -, bedeutet die Beschränkung auf § 15 Abs. 2 sachlich keinen Unterschied zu der Ansicht, wonach für § 76 IV BetrVG auch § 15 Abs. 1 AktG mit anwendbar ist, falls die einheitliche Leitung von einem herrschenden Unternehmen ausgeübt wird 88).

Im Gegensatz zur h. M. will Erdmann im Rahmen des § 15 Abs. 2 aber nur "rechtlich" (durch Beteiligung, Vertrag oder Satzung) begründete Herrschaftsverhältnisse berücksichtigen.

h. Schultze-Schlutius 89) will § 76 IV BetrVG grundsätzlich nur auf Konzernverhältnisse im Sinne des § 15 Abs. 2 AktG anwenden. Konzernbestände im Sinne des § 15 Abs. 1 AktG sollen von § 76 IV nur dann erfasst werden, wenn sie kumulativ auch die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 AktG erfüllen. Im Ergebnis deckt sich diese Ansicht mit der hier vertretenen Meinung.

Gegen eine Beschränkung auf § 15 Abs. 2 AktG spricht aber, dass § 15 Abs. 1 nicht nur, wie Schultze-Schlutius annimmt, lediglich Gleichordnungskonzerne, sondern auch Unterordnungskonzerne erfasst, an deren Spitze ein herrschendes Unternehmen steht, und dass es eigenartig wirkt, wenn man solche Konzerne der Regelung

85) Kötter aaO § 14 Anm. 4 a

86) Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a und d

87) § 76 Anm. 25, 26

88) vgl. oben S. 33

89) S. 28 ff, S. 62, S. 65 f.; ähnlich S. 114 und S. 129 zu §§ 3 und 9 MitbErgG.

des § 76 IV nicht schon wegen der vom herrschenden Unternehmen ausgeübten Leitung, sondern erst auf Umwegen, nämlich wegen der in der Leitung sichtbar werdenden Möglichkeit zur Beherrschung, unterwirft.

2) Für einen neuen, von § 15 AktG gelösten Konzernbegriff.

a. Schilling 90) vertritt die Ansicht, dass § 15 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG nicht anwendbar sei, weil § 76 IV ganz andere Zwecke verfolge als das AktG, und dass man sich deshalb für § 76 IV BetrVG um einen neuen Konzernbegriff bemühen müsse. Dieser neue Begriff dürfe sich nicht in gesellschaftsrechtlichen Merkmalen, wie z.B. satzungsmässigen Herrschaftsrechten, Kapitalbeteiligung, Personalunion der Organe, erschöpfen, sondern müsse auch unternehmensrechtliche Elemente enthalten. Die Zusammenfassung zu wirtschaftlichen Zwecken sei ein solches unternehmensrechtliches Element und deshalb immer ein notwendiges Merkmal für § 76 IV BetrVG. Allerdings müsse man den Begriff "Zusammenfassung zu wirtschaftlichen Zwecken" viel enger auslegen als im AktG. Es genüge nicht, dass das herrschende Unternehmen durch die Beherrschung eigene Vermögensinteressen wahren wolle. Erforderlich sei vielmehr, dass die unternehmerische Leitung überwiegend von der Verwaltung der abhängigen Gesellschaften auf die der herrschenden Gesellschaft verlagert sei, sodass von einer unternehmerischen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaften nicht mehr gesprochen werden könne. Ob das der Fall sei, werde sich weniger aus der rechtlichen als aus der tatsächlichen Gestaltung des Konzerns ergeben.

Aus den Erörterungen Schillings geht nicht immer eindeutig hervor, ob er seine Forderungen de lege lata oder nur de lege ferenda vertritt 91).

b. Eberl 92) formuliert den von ihm vertretenen Konzernbegriff folgendermassen: Leitet ein rechtlich selbständiges Unternehmen ein anderes rechtlich selbständiges Unternehmen oder mehrere rechtlich selbständige Unternehmen, so bilden diese Unternehmen einen Konzern i.S. des § 76 IV BetrVG.

Nach Eberl kann die Leitung auch auf tatsächliche Gegebenheiten beruhen. Ein wirtschaftlicher Zweck, sowie Gleichartigkeit und organisatorische Zusammenfassung der Unternehmen sei nicht erforderlich, wohl aber müsse eine gewisse Dauer der Leitung beabsichtigt sein 93).

§ 15 Abs. 2 AktG sei nicht anwendbar, weil er die blosse Möglichkeit der Beherrschung genügen lasse, § 15 Abs. 1 könne nicht übernommen werden, weil er im

90) RdA 54, 445

91) Dasselbe gilt für die Ausführungen im Ausschussbericht des 42. DJT, Untersuchungen S. 57

92) S. 67

93) Eberl S. 63 - 66

Gegensatz zu § 76 IV BetrVG nicht voraussetze, dass die Leitung des Konzerns bei einem aufsichtsratspflichtigen Unternehmen liege 94) 95).

c. Völlig neue Wege versucht Gericke einzuschlagen 96). Seine ausführlichen Darlegungen lassen sich etwa folgendermassen zusammenfassen:

§ 76 BetrVG sei keine gesellschaftsrechtliche oder unternehmensrechtliche, sondern eine betriebsrechtliche Regelung. § 15 AktG sei im Rahmen des § 76 BetrVG nicht anwendbar. Ein Konzern ("Konzernbetrieb") i. S. des § 76 IV BetrVG liege dann vor, wenn ein Betrieb in der Lage sei, durch die Tätigkeit seines Aufsichtsrates einen anderen Betrieb so zu beeinflussen, dass die Arbeitnehmer dieses Betriebes in ihrer geschützten Interessensphäre berührt würden. Dies sei z. B. der Fall, wenn ein Betrieb die Möglichkeit habe, durch eine Änderung des eigenen Produktions- oder Absatzvolumens eine Anhebung oder Senkung der Löhne, eine Aufstockung oder Reduzierung der Belegschaft des fremden Betriebes herbeizuführen.

Gericke muss zunächst entgegengehalten werden, dass er immer vom Betrieb spricht, obwohl die §§ 76, 77 BetrVG eindeutig auf das Unternehmen abstellen. - Der von Gericke geprägte Begriff des Konzernbetriebes ist viel zu weit und unscharf, als dass er eine geeignete Grundlage für die Anwendung des § 76 IV BetrVG bieten könnte. Aus dem Wortlaut, bzw. dem Sinn und Zweck des § 76 IV lässt sich der neue Begriff wohl schwerlich herleiten:

Bei konsequenter Durchführung der Gedankengänge Gericke müssten die Arbeitnehmer u. U. an den Wahlen zum Aufsichtsrat von Konkurrenzunternehmen beteiligt werden. Denn wenn etwa der Aufsichtsrat eines mächtigen Konkurrenzunternehmens beschliesst, die Produktion auszuweiten, so kann das dazu führen, dass ein anderes Unternehmen genötigt ist, Arbeitnehmer zu entlassen. Wenn ein Konkurrenzunternehmen stillgelegt wird, kann vielleicht ein anderes Unternehmen seine Produktion ausweiten und Arbeitnehmer einstellen. In beiden Fällen würden die Arbeitnehmer eines "Betriebes" durch die Tätigkeit des Aufsichtsrates eines anderen "Betriebes" in ihrer Interessensphäre berührt. Mit einem Konzern in einem nur irgendwie mit der bisherigen Auslegung dieses Begriffes verbundenen Sinn haben diese Tatbestände jedoch nichts zu tun.

IV. Zusammenfassung und Kritik der Haupteinwände gegen die Übernahme des aktienrechtlichen Konzernbegriffs.

1) Zusammenfassung.

Wie die Übersicht über den Stand der Meinungen (oben II und III) zeigt, wird in -----

94) Eberl S. 48

95) Zur Anwendbarkeit des § 15 I AktG vgl. oben S. 32 f. und S. 38 unter g und h

96) ArbuR 57, 331 ff

der Diskussion um § 76 BetrVG gegen die Anwendung des § 15 AktG im wesentlichen folgendes vorgebracht:

- a. Für § 76 IV müsse verlangt werden, dass das herrschende Unternehmen auch wirklich eine Leitung über die abhängigen Unternehmen ausübe. Die bloße Möglichkeit der Beherrschung (§ 15 II AktG) genüge nicht 97).
- b. § 15 AktG, jedenfalls § 15 Abs. 2, erfasse auch Tatbestände, die für die Zwecke des § 76 IV BetrVG nicht hinreichend klar und fassbar seien. Man müsse deshalb den für § 76 IV BetrVG geltenden Konzernbegriff auf die Fälle des § 15 Abs. 1 AktG beschränken 98) bzw. davon ausgehen, dass § 76 IV BetrVG nur für rechtlich begründete Konzernverhältnisse gelte 99).
- c. Im Gegensatz zu § 15 AktG oder doch jedenfalls entgegen verschiedentlich zu § 15 Abs. 2 vertretenen Meinungen liege ein Konzern i. S. des § 76 IV BetrVG nur dann vor, wenn die beteiligten Unternehmen eine auf Dauer angelegte organisatorische Einheit bildeten und gemeinschaftliche wirtschaftliche Zwecke verfolgten 100).

2) Gegen das Erfordernis einer einheitlichen Leitung.

Die Beschränkung des für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriffs auf die

-
- 97) Fi - Kr Anm. 72, Maus Anm. 14, Dietz Anm. 56 jeweils zu § 76 BetrVG; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 d und in der Anm. zu AP § 76 BetrVG Nr. 7; Schmidt in Hachenburg § 52 Anm. 4; Nipperdey Lehrbuch II S. 887; v. Schenck BB 53, 1067; Froehlich und Wagner BB 54, 693 und BB 55, 228; Gaul RdA 54, 250; Schilling RdA 54, 445; Eberl S. 47; Goebel S. 117; Groothoff S. 24 ff; Neumann-Duesberg ZHR 118, 42; Fitting BARbBl 55, 143, DBetrVerf 57, 121, AR - Blattei 11 D XV B II; wohl auch LAG Frankfurt/M. Beschl. v. 17.12.58 - II LBR 1/58 = Betr. 59, 208; vgl. auch Untersuchungen S. 57; Denkschrift Bankgewerbe S. 48; E AktG §§ 16, 17 und Erl. hierzu. A.A. ausdrückl. Hueck GmbHGes Schlussanhang Anm. 6 C d; Schultze-Schlutius S. 36 d
 - 98) Fitting BARbBl 55, 143; a.A. ausdrücklich Eberl S. 57
 - 99) v. Schenck, Froehlich und Wagner, Nipperdey, Gaul Dietz aaO; Goebel S. 118; Neumann-Duesberg aaO S. 41; Franke Betr. 54, 306; Erdmann § 76 Anm. 26; vgl. auch Denkschrift Bankgewerbe S. 48 f.; A.A. ausdrücklich Eberl S. 66; Schilling RdA 54, 446; Kauffmann Betr. 57, 1154; Küchenhoff Anm. 4, Maus Anm. 14, Galperin Anm. 31 b jeweils zu § 76; Hueck GmbHGes. Schlussanhang Anm. 6 C d, Schultze - Schlutius S. 44 f.; Groothoff S. 78
 - 100) Galperin § 76 Anm. 31 b; Weitzel BB 52, 806; Herold NJW 53, 724; Kunkel S. 806; ebenso wohl auch Groothoff S. 43 und 9 f.

Fälle, in denen die Obergesellschaft nicht nur die Möglichkeit besitzt, die Untergesellschaften zu beherrschen, sondern von dieser Möglichkeit auch tatsächlich Gebrauch macht, wird - soweit überhaupt eine Begründung gegeben wird - aus § 15 Abs. 1 AktG, dem Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG und aus § 9 MitbErg abgeleitet.

- a. § 15 Abs. 1 AktG verlange als Begriffsmerkmal eines Konzerns stets eine einheitliche Leitung. Dasselbe müsse auch für § 76 IV BetrVG gelten. Ein Konzern - auch im aktienrechtlichen Sinne - liege nämlich streng genommen nur vor, wenn die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 AktG erfüllt seien. § 15 Abs. 2 AktG sei keine Definition des Konzerns, sondern lediglich eine Fiktion, ein gesetzestechnisches Mittel, um gewisse konzernrechtliche Bestimmungen des Aktiengesetzes auch auf Abhängigkeitsverhältnisse zu erstrecken 101).
- b. Nach dem Sinn der konzernrechtlichen Bestimmungen des AktG sei es vertretbar, Konzerne nach § 15 Abs. 1 und die lediglich fiktiven Konzerntatbestände nach § 15 Abs. 2 weitgehend gleich zu behandeln. Der Zweck der konzernrechtlichen Vorschriften des AktG sei es, die Aktionäre, die Gläubiger der AG und die Allgemeinheit gegen Missbräuche zu schützen, die aus der konzernmässigen Verflechtung von Unternehmen entstehen können. Die Gefahr solcher Missbräuche sei schon gegeben, wenn der Tatbestand des § 15 Abs. 2 vorliege, ohne dass eine einheitliche Leitung bestehe. - § 76 IV BetrVG verfolge jedoch ganz andere Zwecke. Weil die Beteiligung im Aufsichtsrat des eigenen Unternehmens für die Arbeitnehmer nur von beschränktem Wert sei, wenn die wirklich entscheidenden Fragen von den Organen eines anderen, des herrschenden Unternehmens, entschieden würden, lasse § 76 IV BetrVG die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens teilnehmen. Diese Teilnahme sei aber nur gerechtfertigt, wenn beide Unternehmen und damit auch beide Belegschaften in oberster Instanz unter der Geschäftsleitung des herrschenden Unternehmens stünden. Falls das herrschende Unternehmen eine einheitliche Leitung in diesem Sinne dagegen nicht ausübe, sondern nur die Möglichkeit habe, den abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzuzwingen, von dieser Möglichkeit aber keinen Gebrauch mache, bestehe kein Grund, die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zu beteiligen. Eine dennoch erfolgende Teilnahme verstosse gegen den Sinn des § 76 IV BetrVG und gegen die Interessen der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens 102).

101) v. Schenck, Froehlich und Wagner, Gaul aaO; Neumann-Duesberg aaO S. 51; Eberl S. 11; Goebel S. 117; auch Radke ArbuR 58, 165 hält § 15 Abs. 2 für eine Fiktion, ohne deshalb aber seine Anwendbarkeit im Rahmen des § 76 IV BetrVG auszuschliessen.

102) In diesem Sinne v. Schenck, Froehlich und Wagner, Neumann - Duesberg, Eberl, Schilling, Gaul aaO (vgl. S. 36 Anm. 78)

c. Auch aus § 9 MitbErgG sei zu schliessen, dass im Rahmen des § 76 BetrVG nur § 15 Abs. 1 nicht auch Abs. 2 AktG anwendbar sei 103).

Demgegenüber ist zu sagen:

a. Es ist richtig, dass ein Konzern i.S. des § 15 Abs. 1 AktG nur angenommen werden darf, wenn die zusammengefassten Unternehmen einheitlich geleitet werden. § 15 Abs. 2 stellt die von ihm gefassten Tatbestände denen des § 15 Abs. 1 aber völlig gleich und im aktienrechtlichen Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass ein Konzern i.S. des AktG vorliegt, wenn entweder die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 oder die des § 15 Abs. 2 erfüllt sind 104).

Aus § 76 IV BetrVG kann nicht abgeleitet werden, dass hier nur § 15 Abs. 1 und nicht auch § 15 Abs. 2 AktG gelten soll. Im Gegenteil: Aus dem Gebrauch der Begriffe "herrschendes" und "abhängiges Unternehmen" ist zu schliessen, dass man bei der Formulierung des § 76 BetrVG in erster Linie an § 15 Abs. 2 AktG gedacht hat 105). Denn ein Konzern gem. § 15 Abs. 2 AktG braucht gar kein herrschendes und keine abhängigen Unternehmen aufzuweisen 106).

§ 15 Abs. 2 AktG wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass man behauptet, er enthalte lediglich eine Fiktion, nicht eine Definition des Konzerns. Selbst wenn § 15 Abs. 2 eine Fiktion darstellte, müsste man prima facie aus dem Wortlaut des § 76 IV BetrVG schliessen, dass es der Wille des Gesetzgebers ist, die Fiktion auch für die Zwecke des § 76 IV eingreifen zu lassen. § 15 Abs. 2 AktG enthält aber gar keine Fiktion, sondern eine unwiderlegliche Vermutung 107). Die Behauptung, er stelle eine Fiktion dar, beruht wohl auf einem vorschnellen Schluss aus dem Gebrauch des Wortes "gelten". Eine Fiktion wäre § 15 Abs. 2 AktG nur dann, wenn er für die Fälle des § 15 Abs. 2 unterstellte, dass ein Konzern vorliege, obwohl das mit Sicherheit nicht der Fall ist.

So ist es aber keineswegs:

Selbst wenn man annimmt, dass für einen Konzern die einheitliche Leitung schlechthin begriffsnotwendig ist, kann man nicht sagen, dass § 15 Abs. 2 AktG eine Fiktion darstellt. Denn auch in den Fällen des § 15 Abs. 2 AktG steht nicht fest, dass es an einer einheitlichen Leitung fehlt. Auch ein Abhängigkeitsverhältnis kann sich durchaus zu einer einheitlichen Leitung verdichtet haben; meist werden Abhängigkeitsverhältnisse doch nur deshalb geschaffen, um von der dadurch gewonnenen Beherrschungsmöglichkeit auch wirklich Gebrauch zu machen. Aus diesem Grunde

103) Nipperdey und Kötter aaO (vgl. S. 37 f. Anm. 80 und 83)

104) Vgl. oben S. 30 Anm. 48

105) Vgl. Erdmann § 76 Anm. 25, 26; Bergmann NJW 53, 83 Anm. 18; Hueck GmbHGes. Schlussanh. Anm. 6 C d

106) vgl. oben S. 24 und 29

107) Te - Kö § 15 AktG Anm. 3

stellt auch § 17 Abs. 1 S. 2 des Referentenentwurfs eines Aktiengesetzes die Vermutung auf, dass ein abhängiges Unternehmen mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.

b. Wenn man erkannt hat, dass § 15 Abs. 2 AktG keine Fiktion, sondern eine unwiderlegliche Vermutung darstellt, dann verliert auch der Einwand an Gewicht, dass die Anwendung des § 15 Abs. 2 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG dem Sinn des § 76 IV widerspreche.

Zunächst sei festgestellt, dass der Schluss, § 76 IV BetrVG wolle nur wirklich einheitlich geleitete Konzerne erfassen, keineswegs zwingend erscheint. Nach dem auf § 15 Abs. 2 AktG hindeutenden Wortlaut des § 76 IV BetrVG, kann man zumindest mit dem gleichen Recht die Meinung vertreten, § 76 IV BetrVG sei geschaffen worden, weil das herrschende Unternehmen jederzeit die Möglichkeit hat, auf das abhängige Unternehmen beherrschend einzuwirken¹⁰⁸). Aber selbst wenn man einmal davon ausgeht, der Gesetzgeber habe die Regelung des § 76 IV BetrVG eigentlich nur für die Fälle gewollt, in denen das herrschende Unternehmen von seiner Beherrschungsmöglichkeit tatsächlich Gebrauch macht, kann die Anwendung des § 15 Abs. 2 AktG durchaus einen guten Sinn haben:

Niemand wird bestreiten, dass die konzernrechtlichen Vorschriften des AktG andere Zwecke verfolgen als § 76 IV BetrVG. Darum geht es aber gar nicht. Zu entscheiden ist lediglich die Frage, ob es nicht trotzdem sinnvoll ist, die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. 2 AktG auch für die Zwecke des § 76 IV BetrVG eingreifen zu lassen.

Mit anderen Worten:

Soll man auch im BetrVG die konzernrechtlichen Vorschriften schon anwenden, wenn objektiv feststeht, dass das herrschende Unternehmen dem abhängigen in allen wesentlichen Fragen jederzeit seinen Willen aufzwingen kann, oder soll man im Gegensatz zum AktG verlangen, dass vorher stets erst die tatsächliche Ausübung einer einheitlichen Leitung nachgewiesen wird?

Um die Frage richtig zu beantworten, muss man sich vor Augen halten, was man unter einheitlicher Leitung versteht und wie sich die einheitliche Leitung der Konzerne in der Praxis vollzieht.

Im Rahmen des § 15 Abs. 1 AktG wird der Begriff einheitliche Leitung sehr weit ausgelegt¹⁰⁹). Es wird insbesondere nicht verlangt, dass die einheitliche Leitung irgendwie, etwa in einer besonderen Konzernorganisation, auch für Aussenstehende deutlich wird. Sie muss auch nicht sozusagen tagtäglich in Form besonderer Anweisungen etc. hervortreten. Eine einheitliche Leitung i. S. des § 15 Abs. 1 AktG ist schon dann anzunehmen, wenn das herrschende Unternehmen sich etwa darauf be-

108) So etwa Schultze-Schlutius S. 36 d

109) Vgl. oben S. 24 f.

schränkt, die Geschäftspolitik der abhängigen Unternehmen in grossen Zügen festzulegen, die Ausführung im einzelnen aber den nach aussen hin völlig selbständig erscheinenden Organen der abhängigen Unternehmen überlässt.

Trotzdem ist bisher nicht verlangt worden, dass der Begriff "einheitliche Leitung" für die Zwecke des § 76 IV BetrVG enger auszulegen sei als im Rahmen des § 15 Abs. 1 AktG.

Eine solche Forderung wäre auch nicht zu billigen. Wenn man schon auf das Bestehen einer einheitlichen Leitung abstellt, dann muss man den Begriff so fassen, dass er auch wirklich alle oder doch fast alle Möglichkeiten einschliesst, deren sich Konzernleitungen in der Praxis bedienen. Und da diese Möglichkeiten sehr vielgestaltig sind, erscheint nur die im Aktiengesetz geltende weite Auslegung des Merkmals "einheitliche Leitung" sachlich gerechtfertigt.

Es kommt natürlich auch vor, dass zur Leitung des Konzerns besondere Organe geschaffen werden, dass die einheitliche Leitung zu sonstigen Gemeinsamkeiten in der äusseren Organisation führt oder dass die Konzerneinheit sich sonst irgendwie "eklatant manifestiert" 110). Sehr häufig, vielleicht sogar überwiegend, bleiben die Konzernunternehmen äusserlich betrachtet aber voneinander völlig unabhängig und getrennt. Die einheitliche Leitung vollzieht sich ohne Einschaltung besonderer Organisationsformen und ohne viel Aufhebens in der Öffentlichkeit durch unmittelbare Einflussnahme von Unternehmen zu Unternehmen, z.B. durch schriftliche oder mündliche Weisungen der Konzernleitung an die Organe der Untergesellschaften, durch "Bitten" und "Empfehlungen", welche die Vertreter der Konzernspitze im Aufsichtsrat oder Vorstand der einzelnen Konzerngesellschaften vorbringen, durch gemeinsame Beratungen, formlose Absprachen, vielleicht auch nur durch die Herstellung stillschweigenden Einverständnisses 111).

Es ist klar, dass alle diese Vorgänge kaum je über den Kreis der unmittelbar Beteiligten hinausdringen und deshalb nur sehr schwer nachzuweisen sind 112). Andererseits ist es keineswegs so, dass die eben angedeutete Form einer weitgehend unauffälligen Ausübung der einheitlichen Leitung weniger wirkungsvoll zu sein braucht, als eine Leitung, die auch für Aussenstehende erkennbar in Erscheinung tritt. Gerade die Tatsache, dass die Leitung unauffällig und reibungslos funktioniert kann bedeuten, dass dem herrschenden Unternehmen eine ganz besonders starke Stellung zukommt.

Aus diesen Gründen, nicht nur aus gesetzestechnischen Erwägungen, hat man die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. 2 geschaffen.

110) Neumann-Duesberg aaO S. 54

111) vgl. Rasch S. 95; Bühler S. 253

112) vgl. Erg. Vorschläge WP S. 22

Aus den gleichen Erwägungen heraus hat die im Aktienrecht h. M. seit jeher für § 15 Abs. 2 die Möglichkeit der Beherrschung genügen lassen und auf den Nachweis ihrer Ausübung verzichtet 113), obwohl der Wortlaut des § 15 Abs. 2 eigentlich mehr für das Erfordernis einer tatsächlich ausgeübten Beherrschung spricht. Neuerdings sind auch Adler, Düring und Schmaltz, denen man als Wirtschaftsprüfern wohl eine besondere Kenntnis der konzernrechtlichen Praxis einräumen kann, von ihrer bisher gegenteiligen Ansicht ausdrücklich abgegangen. Auch sie lassen die konzernrechtlichen Vorschriften des AktG jetzt schon dann eingreifen, wenn ein Unternehmen die Möglichkeit hat, ein anderes zu beherrschen 114).

§ 15 Abs. 2 AktG soll Umgehungen des Gesetzes verhindern 115). Die Überlegungen, die zu seiner Schaffung und weiten Auslegung geführt haben, gelten nicht nur bei der Anwendung des Aktiengesetzes, sondern auch für andere Gesetze, in denen der Konzernbegriff eine Rolle spielt. Sie folgen nämlich nicht aus dem besonderen Zweck der konzernrechtlichen Vorschriften des AktG, sondern sozusagen aus der Natur der Sache, aus den Schwierigkeiten, die sich ergeben, wenn man versuchen will, die tatsächliche Ausübung der Konzernmacht nachzuweisen.

Wenn man trotz der angedeuteten Beweisschwierigkeiten den § 76 IV BetrVG nur da anwenden will, wo tatsächlich die Ausübung einer einheitlichen Leitung nachgewiesen werden kann, kann es geschehen, dass vielleicht gerade besonders straff geführte Konzerne von § 76 IV BetrVG nicht erfasst werden können. Dass dies im Sinne des § 76 IV liegt, wird niemand behaupten. Selbst wenn man § 76 IV grundsätzlich nur auf einheitlich geleitete Konzerne angewendet wissen will, erscheint ein Zurückgreifen auf § 15 Abs. 2 AktG also keineswegs sinnwidrig; denn erst die Berücksichtigung der in § 15 Abs. 2 enthaltenen unwiderleglichen Vermutung schafft die Möglichkeit, auch wirklich alle einheitlich geleiteten Konzerne der Regelung des § 76 IV BetrVG zu unterwerfen.

Demgegenüber könnte man vielleicht einwenden, dass Beweisschwierigkeiten allein es nicht rechtfertigen, dass § 76 IV BetrVG auch auf solche Fälle erstreckt wird, in denen das herrschende Unternehmen von der ihm zustehenden Beherrschungsmöglichkeit wirklich keinen Gebrauch macht.

Dieser Einwand wäre jedoch nicht geeignet, die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 AktG im Rahmen des § 76 IV BetrVG auszuschließen:

Dass ein herrschendes Unternehmen von seinem beherrschenden Einfluss keinen Gebrauch macht, stellt nämlich einen seltenen Ausnahmefall dar. "Im Wirtschaftsleben zeigt sich, dass beherrschende Unternehmen ihren Einfluss in aller Regel zur Konzernbildung ausnutzen" 116).

113) vgl. oben S. 26 Anm. 30

114) A-D-S § 128 Anm. 123

115) Hefermehl Betr. 55, 305

116) Erl. zu E AktG § 17; Würdinger Betr. 58, 1447

Noch schwerer aber wiegt folgendes:

Selbst wenn ein herrschendes Unternehmen sich wirklich jeder Einflussnahme auf die Geschäftsführung des abhängigen Unternehmens enthält, wird das abhängige Unternehmen nicht unabhängig und selbständig. Seine Selbständigkeit ist immer nur scheinbar. Sie beruht lediglich auf der Duldung des herrschenden Unternehmens 117).

Es ist deshalb falsch, die Tatbestände des § 15 Abs. 1 und 2 AktG als ausgesprochene Gegensätze anzusehen, die mitbestimmungsrechtlich verschieden zu behandeln seien.

Theoretisch mag zwischen der Möglichkeit zur Beherrschung und dem tatsächlichen Einsatz der Herrschaftsmacht ein grosser Unterschied bestehen. Praktisch aber sind beide Tatbestände vielfach kaum zu trennen. Jeder Versuch es doch zu tun, muss dazu führen, dass man grosse Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschwört, sich vom "strömenden Leben entfernt" 118) und wesensgemäss gleiche Tatbestände ungleich behandelt.

Wo soll den die blossе Beherrschungsmöglichkeit enden und die tatsächliche Beherrschung anfangen? Ausdrücklichen Zwang seitens des herrschenden Unternehmens wird man kaum fordern dürfen 119). Denn angesichts der stets einsatzbereiten Macht des herrschenden Unternehmens wird ein abhängiges Unternehmen es kaum jemals auf eine wirkliche Machtprobe ankommen lassen. - Auch darauf, ob das herrschende Unternehmen dem abhängigen Weisungen erteilt, wird man nicht abstellen können. Ganz abgesehen von den Beweisschwierigkeiten müsste man dann jeweils untersuchen, welche "Empfehlungen", "Anregungen" und sonstige Fühlungnahmen nun als Weisungen anzusehen sind und welche nicht. Die Entscheidung müsste sich in vielen Fällen auf völlig unkontrollierbare, subjektive Momente, etwa darauf stützen, wie stark oder wie schwach die Stellung der Organe der abhängigen Gesellschaft im Verhältnis zur Konzernspitze ist, was weitgehend von der Persönlichkeit dieser Organe abhängt.

Alle diese schwierigen Untersuchungen und Differenzierungen erscheinen überflüssig:

Wirklich entscheidend ist für § 15 Abs. 1 genau so wie für § 15 Abs. 2, ob das herrschende Unternehmen jederzeit in der Lage ist, dem abhängigen Unternehmen seinen Willen aufzuzwingen. Ob die Herrschaftsmacht tatsächlich eingesetzt wird, ob Weisungen, Empfehlungen etc, erteilt werden, ist nicht so bedeutsam, sondern hängt mehr oder weniger vom Zufall ab. Wenn ein herrschendes Unternehmen von seiner Herrschaftsmacht keinen Gebrauch macht, dann

117) Kötter MitbErgG § 1 Anm. 4 d

118) Ritter § 15 AktG Anm. 4 a; vgl. auch Erg. Vorschläge WP S. 22

119) a. A. anscheinend Maus § 76 Anm. 14

doch nur deshalb, weil das abhängige Unternehmen ohnehin nach den Interessen des herrschenden handelt. Warum sollte es aber für § 76 IV BetrVG einen Unterschied machen, ob das abhängige Unternehmen sozusagen von selbst die Interessen des herrschenden Unternehmens wahrnimmt oder ob es dazu noch besonderer Weisungen etc. bedarf?

Wie flüssig die Grenzen zwischen § 15 Abs. 1 und Abs. 2 sind, wird besonders deutlich, wenn man den Hauptfall der Konzernbildung, die Beherrschung durch Besitz der Mehrheit der Anteile am Grundkapital, ins Auge fasst 120).

Wenn das herrschende Unternehmen in der Hauptversammlung der Untergesellschaft mit abstimmt, wird man wohl bereits eine tatsächliche Ausübung der Beherrschung bejahen müssen. Eigentlich liegt es aber beinahe genau so, wenn das herrschende Unternehmen nicht mitstimmt. Denn da eine Beherrschung durch Anteilbesitz oder Stimmenmacht nur vorliegt, wenn das herrschende Unternehmen in der Hauptversammlung der Untergesellschaft über eine klare und stabile Mehrheit verfügt, kann eine vom Willen des herrschenden Unternehmens abweichende Entscheidung gar nicht getroffen werden. Auch die Stimmenthaltung des herrschenden Unternehmens macht das abhängige Unternehmen also nicht selbständig; sie stellt lediglich eine Genehmigung der Beschlüsse der Minderheit dar. In Wirklichkeit liegt die letzte Entscheidung selbst dann beim herrschenden Unternehmen, wenn es sich äusserlich betrachtet jeder Einflussnahme enthält.

Soweit es nur um Entscheidungen nebensächlicher Art geht, mag diese Tatsache nicht so bedeutsam sein. Man darf aber nicht vergessen, dass in dem hier näher untersuchten Fall der Beherrschung durch Anteilbesitz auch die Zusammensetzung des Aufsichtsrats und des Vorstandes des abhängigen Unternehmens praktisch allein vom Willen des herrschenden Unternehmens abhängt (abgesehen natürlich von den Arbeitnehmervertretern). Wenn das herrschende Unternehmen seine Macht benutzt, um die entscheidenden Stellen beim abhängigen Unternehmen mit führenden Persönlichkeiten aus dem herrschenden Unternehmen zu besetzen, wird das Bestehen einer einheitlichen Leitung wohl allgemein bejaht. Neumann-Duesberg sieht in dem Bestehen von Personalunionen in den Organen des herrschenden und des abhängigen Unternehmens sogar die stärkste Ausprägung einer einheitlichen Leitung 121). Damit stellt er jedoch auf ein lediglich äusserliches Moment ab. Es macht kaum einen Unterschied, ob die leitenden Persönlichkeiten des herrschenden Unternehmens sich selbst oder Persönlichkeiten ihres Vertrauens in den Aufsichtsrat oder Vorstand des abhängigen Unternehmens wählen lassen. Auch ohne dass noch besondere Weisungen erteilt werden, wird ein derart "abhängiges Organ" sich faktisch vielfach nicht mehr so gerieren, wie das § 70 AktG für den Idealtyp der AG voraussetzt 122).

120) vgl. Hefermehl Betr. 55, 305

121) ZHR 118, 48

122) Würdinger Betr. 57, 961

Aus all dem folgt:

Wollte man § 76 IV BetrVG nur dann anwenden, wenn nachgewiesen werden kann, dass das herrschende Unternehmen von der ihm zustehenden Möglichkeit der Beherrschung wirklich Gebrauch macht, so würde man grosse Beweisschwierigkeiten und fast unüberwindliche Abgrenzungsschwierigkeiten heraufbeschwören. Beides erscheint nicht nur unnötig, sondern auch sachlich nicht gerechtfertigt, da herrschende Unternehmen ihren beherrschenden Einfluss in aller Regel auch wirklich zur Geltung bringen und weil die Tatbestände der einheitlichen Leitung, bzw. der Möglichkeit der Beherrschung einander so ähnlich sind, dass sie auch im Rahmen des § 76 IV BetrVG gleichbehandelt werden können. Man muss deshalb annehmen, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 76 IV BetrVG nicht nur zufällig oder gar irrtümlich die Terminologie des § 15 Abs. 2 AktG verwendet hat, sondern dass er bewusst die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. 2 AktG auch für die Zwecke des § 76 IV BetrVG eingreifen lassen wollte.

c. Auch aus § 9 MitbErgG kann nicht abgeleitet werden, dass § 76 IV BetrVG nur gelten soll, wenn ausdrücklich nachgewiesen wird, dass das herrschende Unternehmen das abhängige leitet. § 9 MitbErgG bestimmt zwar, dass für seine §§ 6 - 8 nur der Konzernbegriff des § 15 Abs. 1 AktG gelten soll, aus § 9 MitbErgG kann aber nicht geschlossen werden, dass er einen allgemeinen auch für andere Mitbestimmungsgesetze geltenden Konzernbegriff festlegen wollte. Dies schon deshalb nicht, weil das MitbErgG selbst in den §§ 1 und 3 noch zwei weitere Konzernbegriffe enthält, die lediglich auf die Möglichkeit der Beherrschung, nicht auf ihre tatsächliche Ausübung abstellen 123).

§ 9 MitbErgG trifft zwar die speziell für die Zwecke der Wahl geltende Abgrenzung und ist gegenüber § 76 IV BetrVG das neuere Gesetz; trotzdem ist es nicht zwingend, dass die in § 9 MitbErgG getroffene Regelung auch für § 76 IV BetrVG gelten soll. Mit genau der gleichen Berechtigung könnte man sagen, dass gerade weil § 9 MitbErgG den § 15 Abs. 2 AktG ausdrücklich ausschliesst und § 76 IV BetrVG das nicht tut, im Rahmen des § 76 IV der gesamte § 15 AktG gelten soll. Ausserdem mag § 9 MitbErgG die Beschränkung auf § 15 Abs. 1 deshalb vorgenommen haben, weil er die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen völlig gleichstellt und deshalb von einem engeren Konzernbegriff ausgehen wollte, der nur die Unternehmen umfasst, die offensichtlich geleitet werden. Das heisst aber nicht, dass deshalb auch für § 76 IV - entgegen seinem Wortlaut - auf die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. 2 AktG verzichtet werden soll.

§ 15 Abs. 2 darf - entgegen der von Kötter vertretenen Ansicht 124) - jedenfalls nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil seine Einbeziehung dazu führen kann,

123) Kötter MitbErgG § 1 Anm. 4 d und § 3 Anm. 4

124) Kötter aaO § 14 Anm. 4 d

dass der für die Wahl der Arbeitnehmervertreter massgebliche Wählerkreis sich unter Umständen ändern kann, wenn auf ein Unternehmen, das zunächst dem MitbErgG unterlag, wegen einer Änderung des gemäss § 3 MitbErgG massgeblichen Umsatzverhältnisses später einmal des BetrVG anwendbar wird.

Denn erstens ist nicht gesagt, dass sich in einem solchen Fall der Wählerkreis wirklich ändern muss; es ist durchausmöglich, dass er gleich bleibt, weil schon bisher nachgewiesen werden konnte, dass alle abhängigen Unternehmen auch geleitet wurden. Ausserdem ist nicht einzusehen, warum ausgerechnet der Wählerkreis gleich bleiben soll, wenn im übrigen viel wesentlichere Änderungen eintreten und etwa statt der paritätischen Beteiligung den Arbeitnehmern nur noch eine Minderheitsbeteiligung im Aufsichtsrat zukommt. Und schliesslich muss man bedenken, dass das MitbErgG nur für ganz wenige Gesellschaften gilt. Rasch spricht von einem knappen Dutzend 125). Nach Nipperdey 126) galt das MitbErgG im Jahre 1957 für acht Gesellschaften. Inzwischen dürfte sich diese Zahl wegen einiger, im Konzernbereich dieser Gesellschaften in der letzten Zeit vorgenommener Fusionen eher verringert als erhöht haben. Die Fälle in denen eine Änderung des massgeblichen Umsatzverhältnisses eintritt, werden noch geringer sein. Nur um in diesen seltenen Fällen eventuell den gleichen Wählerkreis erhalten zu können, ist es bestimmt nicht gerechtfertigt, auch in allen anderen Fällen den zweckmässigen und wirklichkeitsnahen Konzernbegriff des § 15 Abs. 1 und 2 AktG aufzugeben. Wichtiger als eine Übereinstimmung mit dem MitbErgG erscheint doch wohl die Übereinstimmung mit dem AktG, das für eine viel grössere Zahl von Konzernen massgeblich ist als das MitbErgG.

3) Gegen die Beschränkung auf § 15 Abs. 1 AktG oder auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse

Es ist richtig, dass unter § 15 AktG auch Tatbestände fallen, die nicht leicht zu durchschauen, sondern oft nur nach schwierigen Untersuchungen als Konzernverhältnisse erkennbar sind. Trotzdem erscheint es nicht angebracht, den für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriff auf § 15 Abs. 1 AktG oder gar nur auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse zu beschränken. Die Befürworter der Gegenmeinung gehen meist ohne nähere Begründung davon aus, dass der Gesetzgeber die Regelung des § 76 IV BetrVG nur da angewendet wissen wollte, wo das Konzernverhältnis auf klaren und eindeutigen Tatbeständen beruht und meinen, dass die unter § 15 Abs. 1 AktG fallenden, bzw. die rechtlich begründeten Konzernverhältnisse immer klar und eindeutig seien.

Der erste Gesichtspunkt ist zumindest sehr anfechtbar, der zweite geradezu falsch:

125) Rasch Gutachten S. 50

126) Nipperdey Lehrbuch II S. 913 Anm. 104

a. Konzernverhältnisse sind sehr oft nicht klar und eindeutig, sondern verwickelt und schwer durchschaubar. Häufig müssen schwierige Untersuchungen angestellt werden, um festzustellen, ob im Einzelfall ein Konzernverhältnis vorliegt oder nicht. Dieser Zustand ist unerfreulich; er erschwert die Anwendung der konzernrechtlichen Vorschriften nicht nur des BetrVG, sondern auch des AktG und anderer Gesetze. Es wäre aber verfehlt, wenn man wegen dieser Schwierigkeiten von vornherein darauf verzichten wollte, auch verwickelte und verschleierte Konzernverhältnisse rechtlich zu erfassen. Ein derartiger Verzicht wäre geradezu ein Anreiz zu noch verstärkter Geheimhaltung konzernrechtlicher Verflechtungen und stände im Gegensatz zu den grundsätzlich begrüßenswerten Bestrebungen, Konzernverhältnisse in Zukunft besser als bisher offenzulegen (27). Er würde dazu führen, dass man es weitgehend den Konzernen überliesse, ob gewisse konzernrechtliche Vorschriften auf sie anwendbar sind oder nicht. Dies erscheint weder allgemein noch bezüglich der Anwendung des § 76 IV BetrVG angebracht. Gerade wenn die Konzernverhältnisse verwickelt sind, können die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ein besonderes Interesse an einer Vertretung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, bzw. einem Einfluss auf seine Zusammensetzung haben.

b. Aber selbst wenn man meint, die Anwendung des § 76 IV BetrVG sei nur sinnvoll, wenn das Konzernverhältnis auf klaren, leicht feststellbaren Tatbeständen beruht, wäre eine Beschränkung auf § 15 Abs. 1 AktG oder auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse kaum der geeignete Weg, um alle Unsicherheiten und Schwierigkeiten auszuschalten und der Rechtssicherheit zu dienen.

aa) Es ist nämlich keineswegs so, dass die unter § 15 Abs. 1 AktG fallenden Tatbestände immer klar, die unter § 15 Abs. 2 fallenden dagegen meist unklar und schwer erkennbar sind. Das folgt schon daraus, dass die einheitliche Leitung i.S. des § 15 Abs. 1 auf genau denselben "unklaren" Umständen beruhen kann, die auch als Beherrschungsmittel i.S. des § 15 Abs. 2 in Frage kommen können (28).

Oft kann es gerade im Gegensatz zu der von Fitting (29) vertretenen Ansicht so liegen, dass die Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 eindeutig feststellbar sind, etwa weil das herrschende Unternehmen die überwiegende Mehrheit der Anteile des abhängigen Unternehmens besitzt, dass die Ausübung einer einheitlichen Leitung aber nur sehr schwer zu erkennen und nachzuweisen ist (30). Auch Fitting scheint das nicht zu verkennen. Er vertritt nämlich die Ansicht (31), dass bei hoher Beteiligung am

127) Vgl. etwa E AktG §§ 19 Abs. 1; 270 Abs. 2 - 5; 272; ausführlich Kropff
NJW 59, 175

128) Vgl. oben S. 25

129) Fitting BARbI 55, 143

130) Vgl. die aufschlussreiche von der Commerzbank herausgegebene Broschüre
"Wer gehört zu wem?" und oben S. 45 ff.

131) Fi - Kr § 76 Anm. 72

Grundkapital grundsätzlich eine Vermutung für das Vorliegen eines Konzernverhältnisses spricht. Das ist richtig. Da Fitting aber auf die Anwendung des § 15 Abs. 2 AktG verzichten will, kann er diese Ansicht nicht aus dem Gesetz ableiten. Ausserdem ist nicht einzusehen, warum nur hoher Beteiligungsbesitz und nicht auch andere Beherrschungsmittel die Vermutung begründen sollen.

bb) Gegenüber der Meinung, dass eine Beschränkung des für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriff auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen auf eine klare und sichere Grundlage stellen würde, sei zunächst darauf hingewiesen, dass schon rein theoretisch keine Einmütigkeit darüber besteht, wann eine Beherrschung auf Rechtgründen beruht und wann nicht. Bezüglich des Hauptmittels der Konzernbildung, Beherrschung durch Besitz einer hohen Beteiligung, vertreten zahlreiche Autoren mit guten Gründen die Ansicht, dass mittels einer Beteiligung am Grundkapital eine Gesellschaft nur tatsächlich, nicht aber von Rechts wegen beherrscht werden kann 132).

Auf diese Streitfrage soll hier nicht eingegangen werden, weil die Vertreter der Meinung, § 76 IV BetrVG gelte nur für rechtlich begründete Konzernverhältnisse, soweit ersichtlich, die Beherrschung durch Beteiligung als Beherrschung durch rechtliche Mittel ansehen 133).

Aber selbst wenn man von diesen mehr theoretischen Abgrenzungsschwierigkeiten absieht, würde eine Beschränkung auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse die Anwendung des § 76 IV BetrVG wohl kaum erleichtern:

Es ist z.B. durchaus denkbar, dass die rechtlichen Grundlagen der Beherrschung, z.B. Verträge, geheim bleiben oder doch nur schwer nachzuweisen sind 134). Und auch wenn alle zwischen den in Frage kommenden Unternehmen bestehenden rechtlichen Bindungen bekannt sind, kann es äusserst schwierig sein festzustellen, ob die vereinbarten Verträge, Satzungsbestimmungen, etc. eine Beherrschung ermöglichen oder nicht.

Vielfach wird es nicht nur auf den Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen, sondern auch auf die tatsächlichen Machtverhältnisse ankommen. Sehr häufig kann erst nach Prüfung aller tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten entschieden werden, ob ein Abhängigkeitsverhältnis besteht oder nicht. Wollte man bei Prüfung der Konzernvoraussetzungen nur die rechtlich begründeten Einflussmöglich-

132) Würdinger Betr. 57, 961 und Betr. 58, 1447; Eberl S. 66; Kauffmann Betr. 57, 1152; Go - Wi § 15 Anm. II 9; Hueck AktG Anm. 2 A c zu § 15 AktG
133) Für Beschränkung auf satzungsmässige und vertragliche Rechte anscheinend nur Franke Betr. 54, 306

134) Schilling JZ 57, 529

keiten berücksichtigen, alle tatsächlichen Gegebenheiten (etwa weitgehende Personalunion) aber völlig ausser acht lassen, so würde man oft ein ganz falsches Bild von den wirklichen Verhältnissen bekommen.

cc) Vor allem aber muss man bedenken, dass viele Konzerne einer rechtlichen Grundlage überhaupt entbehren 135). Ein lediglich auf rechtlich begründete Herrschaftsverhältnisse zugeschnittener Konzernbegriff würde deshalb zahlreiche Konzerne nicht erfassen. Dass der Gesetzgeber dem § 76 IV BetrVG nur einen derart beschränkten Anwendungsbereich geben wollte, kann nicht angenommen werden. Der Sinn des § 76 IV liegt doch nicht zuletzt darin, dass für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns nicht nur der mehr oder weniger zufälligen rechtlichen Organisation des Konzerns, sondern auch den tatsächlichen Machtverhältnissen Rechnung getragen werden soll.

Jedenfalls aber wäre ein Konzernbegriff, der nur rechtlich begründete Beherrschungsverhältnisse umschlosse, etwas völlig Neues und hätte deshalb ausdrücklich formuliert werden müssen. Er kann nicht einfach deshalb für massgeblich gehalten werden, weil es bei § 76 IV BetrVG darum geht, dass die Organe eines Unternehmens anders als sonst gebildet werden sollen. Denn auch wo das Bestehen eines Konzernverhältnisses die Zusammensetzung der Organe eines Unternehmens beeinflussen kann, hat der Gesetzgeber weder vor noch nach Erlass des BetrVG verlangt, dass nur rechtlich begründete Konzernverhältnisse berücksichtigt werden dürften:

Nach § 114 Abs. 6 AktG kann das Stimmrecht nicht ausgeübt werden für Aktien, die der Gesellschaft oder einem abhängigen Unternehmen oder einem anderen für Rechnung der Gesellschaft oder eines abhängigen Unternehmens gehören. - Die Frage, ob bestimmten Aktien ein Stimmrecht zukommt, kann auch für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates von entscheidender Bedeutung sein. Trotzdem ist der Begriff des abhängigen Unternehmens dem § 15 Abs. 2 AktG zu entnehmen 136).

Das MitbG gilt auch für gewisse abhängige Unternehmen (vgl. § 1 Abs. 1 c MitbG). Für die Auslegung dieses Begriffes und damit u. U. für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates und Vorstandes ist § 15 Abs. 2 AktG massgebend 137).

Ob auf ein Unternehmen, das dem MitbG unterliegende Gesellschaften auf Grund eines Organschaftsverhältnisses beherrscht, das MitbErgG oder das BetrVG anzuwenden ist, hängt vom Unternehmenszweck des Konzerns ab. (Vgl. §§ 3 und 14 MitbErgG). Der Konzernbegriff bestimmt sich dabei nach § 15 Abs. 1 und 2 AktG. Die Feststellung, welche Unternehmen Konzernunternehmen i. S. des § 15 AktG

135) Vgl. Erl. zu E AktG Vorbem. zum 3. Buch (S. 386)

136) Hueck AktG § 114 Anm. 7 C

137) Boldt Anm. 3 c aa, Kötter Anm. 19, Müller-Lehmann Anm. III 2 jeweils zu § 1 MitbG

sind, kann also darüber entscheiden, ob der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens paritätisch oder nur zu einem Drittel mit Vertretern der Arbeitnehmer zu besetzen ist 138).

Nach § 9 MitbErgG ist der für die §§ 6 - 8 MitbErgG geltende Konzernbegriff uneingeschränkt dem § 15 Abs. 1 AktG zu entnehmen.

Wenn das Gesetz es in den vier genannten Fällen genügen lässt, dass das Konzernverhältnis auf tatsächlichen Umständen beruht, so ist nicht einzusehen, warum gerade bei § 76 IV BetrVG nur rechtlich begründete Herrschaftsverhältnisse in Betracht kommen sollen. Sind doch die dort von der Abgrenzung des Konzernbegriffs abhängigen Fragen u.U. viel bedeutsamer als das in § 76 IV BetrVG statuierte Beteiligungsrecht.

Für eine Beschränkung auf Rechtsgründe könnte allenfalls ins Feld geführt werden, dass § 1 MitbErgG als Voraussetzung für die Anwendung des MitbErgG u.a. das Bestehen eines Organschaftsverhältnisses, d.h. eines auf vertraglicher Vereinbarung beruhenden Beherrschungsverhältnisses, erwähnt.

Dieser Hinweis wäre aber nicht überzeugend:

Wenn man bei der Auslegung des § 76 IV BetrVG schon auf das MitbErgG zurückgreifen will, böte sich allenfalls § 9, nicht aber § 1 MitbErgG als in etwa mit § 76 IV vergleichbar an. Und § 9 erfasst, wie gesagt, auch tatsächlich begründete Konzerne.

Im übrigen muss bezweifelt werden, ob die in § 1 MitbErgG getroffene Regelung gerade im Hinblick auf eine klare und einfache Gesetzesanwendung besonders glücklich ist. Da die Vereinbarung eines Organschaftsverhältnisses u.U. nämlich nur schwer nachzuweisen ist, muss man, um die Vorstellung vom Vertrage zu retten und trotzdem der Wirklichkeit gerecht zu werden, mit komplizierten Konstruktionen, Unterstellungen und Vermutungen arbeiten. So meint etwa Kötter 139), dass die faktische Übung der Willensunterworfenheit ein Indiz für das Bestehen eines Organvertrages sei und bei längerer einvernehmlicher Übung sogar selbst als stillschweigende Vereinbarung eines Organschaftsverhältnisses angesehen werden könne. -

Angesichts solcher Erwägungen ist zu überlegen, ob man bei Schaffung des MitbErgG statt auf das Bestehen eines Vertrages nicht besser auf die tatsächliche Eingliederung abgestellt hätte. Denn schliesslich ist doch letzten Endes die tatsächliche Eingliederung, nicht ein u.U. nur stillschweigend geschlossener Vertrag für das Bestehen eines Organschaftsverhältnisses entscheidend 140).

138) Kötter MitbErgG § 3 Anm. 4

139) Kötter MitbErgG § 1 Anm. 4 d

140) vgl. Flume Betr. 56, 445 ff.

Selbst wenn man, wie Gessler 141), die Regelung des MitbErgG ausdrücklich bejaht, weil eine unter das MitbG fallende Gesellschaft auf Grund tatsächlicher Gegebenheiten nicht beherrscht werden könne und ein Organschaftsverhältnis ohne Schwierigkeiten nachzuweisen sei, weil die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat paritätisch und im Vorstand durch den Arbeitsdirektor vertreten sind, lässt sich für § 76 IV BetrVG eine Beschränkung auf rechtlich begründete Konzernverhältnisse nicht rechtfertigen. Denn das BetrVG gewährt den Arbeitnehmern lediglich eine Minderheitsbeteiligung im Aufsichtsrat, welche die Möglichkeit zu tatsächlich begründeter Beherrschung, bzw. zur Verheimlichung etwaiger rechtlicher Abmachungen keineswegs ausschliesst.

4) Gegen das Erfordernis einer organisatorischen Einheit und eines gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zwecks.

Den Autoren, die bei der Auslegung des § 76 IV BetrVG besonders betonen, dass ein Konzern nur anzunehmen ist, wenn die beteiligten Unternehmen eine organisatorische Einheit bilden und gemeinsame wirtschaftliche Zwecke verfolgen, ist zunächst entgegenzuhalten, dass sie nicht klar zum Ausdruck bringen, wie sie die genannten Begriffe verstehen wollen. Deshalb kann man auch nicht eindeutig erkennen, ob sie die beiden Erfordernisse aus § 15 AktG ableiten oder nur speziell für § 76 IV BetrVG verlangen wollen 142).

a. Organisatorische Einheit.

Wenn mit dem Hinweis auf das Erfordernis der organisatorischen Eingliederung nur gesagt werden soll, dass vorübergehende und zufällige Herrschaftsverhältnisse als Grundlage für eine Wahlbeteiligung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen nicht in Frage kommen können, dann besteht Übereinstimmung mit § 15 AktG und der hier vertretenen Meinung 143):

§ 15 Abs. 1 AktG verlangt, dass die Unternehmen so zusammengefasst sind, dass sie nicht jederzeit auseinandergehen können und auch § 15 Abs. 2 setzt voraus, dass der beherrschende Einfluss nicht nur zufällig und vorübergehend, sondern dauerhaft ist 144).

Dies wird häufig übersehen. Die Bedanken gegen eine Anwendung des § 15 Abs. 2 im Rahmen des § 76 IV BetrVG beruhen vielfach darauf, dass man meint, § 15

141) BB 56, 627

142) Dies gilt jedenfalls für die Ausführungen Galperins und Kunkels aaO (vgl. oben S. 41 Anm. 100). Herold und Weitzel treten ausdrücklich für die Anwendung des § 15 AktG ein, legen ihn aber anders aus, als die h.L. vgl. oben S. 35

143) Für die Berücksichtigung vorübergehender Abhängigkeitsverhältnisse im Rahmen des § 76 IV BetrVG nur Schultze-Schlutius S. 36 a

144) Vgl. oben S. 25 und 27

Abs. 2 erfasse auch zufällige und vorübergehende Abhängigkeitsverhältnisse 145).

Falls die oben genannten Autoren für § 76 IV BetrVG jedoch das Bestehen einer organisatorischen Einheit in dem Sinne fordern wollen, dass nur solche Konzerne unter § 76 IV fallen sollen, die eine einheitliche Organisation, etwa in Form besonderer Konzernorgane, weitgehender Personalunion etc. aufweisen, kann ihnen nicht gefolgt werden.

Eine so verstandene organisatorische Eingliederung wird nämlich weder in § 15 Abs. 1 noch in § 15 Abs. 2 vorausgesetzt 146). Sie kann auch weder aus dem Wortlaut, noch aus dem Sinn des § 76 IV hergeleitet werden. § 76 IV geht zwar davon aus, dass zwischen den Konzernunternehmen ein gewisser Zusammenhang besteht; denn ohne jeden Zusammenhang wäre ja eine gemeinsame Wahl gar nicht möglich. Wie eng oder wie lose die Konzernunternehmen verbunden sind, ist jedoch völlig unabhängig davon, ob sie in ihrer äusseren Organisation gewisse Gemeinsamkeiten aufweisen oder nicht. Es kann z.B. durchaus so liegen, dass ein sehr locker gefügter Konzern verschiedene besondere Konzernorgane mit genau begrenzten Kompetenzen aufweist, während ein straff zentralistisch geführter Konzern ohne besondere Konzernorgane auskommt, weil die Konzernspitze jeweils die Organe der Untergesellschaften unmittelbar anweist.

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass eine organisatorische Eingliederung der Konzernunternehmen nicht einmal für ein Organschaftsverhältnis nach § 1 Abs. 2 MitbErgG vorausgesetzt wird 147), obwohl Beherrschung auf Grund eines Organschaftsvertrages als eine der straffsten Formen konzernmässiger Beherrschung angesehen werden kann.

Eine Einschränkung des § 76 IV BetrVG in dem Sinne, dass nur die Konzernunternehmen erfasst würden, die dem herrschenden Unternehmen organisatorisch eingegliedert sind, würde also nicht dazu führen, zufällige und wenig dauerhafte Verbindungen von der in § 76 IV getroffenen Regelung auszunehmen, sondern es im Gegenteil mit sich bringen, dass die Anwendung des § 76 IV von der zufälligen und eigentlich nicht wesentlichen Form der äusseren Konzernorganisation abhängig gemacht würde.

Dies ist bestimmt nicht im Sinne des § 76 IV BetrVG. Vom Standpunkt der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen kommt es lediglich darauf an, dass ihr Unternehmen von einem anderen Unternehmen beherrscht wird. Welcher Formen

145) Vgl. Nipperdey Lehrbuch II S. 887; Herold NJW 53, 725; v. Schenck BB 53, 1067; Froehlich und Wagner BB 54, 693

146) Vgl. oben S. 25

147) Boldt MitbErgG § 1 Anm. 14; Gessler BB 56, 627; Kunze ArbuR 56, 230; Fitting BARbBl 56, 500

man sich hierzu bedient, ist weniger entscheidend. Wenn man den Konzernbegriff des § 76 IV einschränken will, so kann man als entscheidendes Abgrenzungsmerkmal deshalb eigentlich nur die Intensität der Beherrschung ansehen, nicht die davon unabhängigen äusseren Organisationsformen. Man könnte etwa verlangen, dass die einzelnen Konzernunternehmen dem herrschenden Unternehmen finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch so eingegliedert sind, dass sie nahezu keinen eigenen Willen mehr haben 148).

In diesem engen Sinn wollen Galperin, Herold, Weitzel und Kunkel das Merkmal organisatorische Eingliederung aber wohl nicht verstehen. Es muss auch bezweifelt werden, ob ein auf die Eingliederung der abhängigen Unternehmen abgestellter Konzernbegriff theoretisch und praktisch so klar und zweckmässig abgegrenzt werden kann, dass eine unerfreuliche Kasuistik und Umgehungen vermieden werden können. Ein entsprechender Begriff spielt zwar auch im Steuerrecht - als Voraussetzung für die Anerkennung einer Organschaft - eine Rolle 149), dort liegt es aber insofern anders, als steuerrechtlich die Unternehmen selbst ein Interesse daran haben, das Bestehen organschaftlicher Eingliederung darzutun.

Jedenfalls ist der von Schilling a. a. O. vertretene Konzernbegriff aber so eng und von § 15 AktG derart abweichend, dass seine Geltung de lege lata nicht anerkannt werden kann. - De lege ferenda wäre seine Einführung zu erwägen, falls man es für richtig halten sollte, die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen bezüglich der Wahlen zum herrschenden Unternehmen völlig gleichzustellen.

b. Gemeinschaftlicher wirtschaftlicher Zweck.

Entgegen der von Herold, Weitzel und wohl auch Galperin und Kunkel 150) vertretenen Meinung kann aus § 15 Abs. 1 AktG nicht abgeleitet werden, dass ein Konzern nur dann vorliegt, wenn die zusammengefassten Unternehmen gemeinschaftliche wirtschaftliche Zwecke verfolgen. § 15 Abs. 1 verlangt nur, dass der Zusammenschluss wirtschaftlichen Zwecken dient. Diese brauchen aber nicht gemeinschaftliche zu sein, jedenfalls nicht in dem Sinne, dass alle Konzernunternehmen dieselben oder ähnliche Zwecke verfolgen, d. h. branchenmässig eine gewisse Gleichartigkeit oder nahe Verwandtschaft aufweisen müssen 151).

Auch für § 76 IV BetrVG kann nichts anderes gelten. Für die Erwägungen, die zur Schaffung des § 76 IV geführt haben, ist es völlig gleichgültig, ob das herrschende Unternehmen und die abhängigen Unternehmen dem gleichen Wirtschaftszweig oder etwa ganz verschiedenen Branchen angehören 152). Entscheidend ist nur die Tatsa-

148) So wohl Schilling RdA 54, 445

149) Bühler § 50

150) Vgl. oben S. 41 Anm. 100

151) Vgl. oben S. 26

152) Eberl S. 66

che, dass ein Unternehmen, etwa eine Reederei, von einem anderen Unternehmen geleitet oder beherrscht wird. Dagegen ist es nicht wesentlich, ob das herrschende Unternehmen ebenfalls eine Reederei, oder etwa ein Stahlwerk, eine Erdölgesellschaft oder eine Backpulverfabrik ist.

Wollte man bei der Auslegung des § 76 IV darauf abstellen, ob die von den einzelnen Unternehmen verfolgten Zwecke irgendwie in Einklang gebracht werden können, so würde man beinahe unüberwindliche Abgrenzungsschwierigkeiten und wohl auch eine unerfreuliche, sachlich nicht berechnigte Kasuistik heraufbeschwören.

Ausserdem muss man bedenken, dass die industrielle Entwicklung heute vielfach ganz unerwartete oder jedenfalls für Aussenstehende nicht vorhersehbare Neuerungen bringt und damit Querverbindungen zwischen Branchen schafft, die bisher voneinander völlig unabhängig waren oder zu sein schienen. So kann es geschehen, dass Unternehmensverbindungen, die zunächst als unorganisch zusammengewürfelt erschienen, sich sozusagen über Nacht als planmässige, rationelle Zusammenfassungen darstellen (153).

Wer es als Merkmal eines Konzerns betrachtet, dass die einzelnen Konzernunternehmen eine gewisse Homogenität aufweisen, übersieht auch, dass häufig bewusst gerade ganz verschiedenartige Unternehmen zusammengefasst werden, um das unterschiedliche Risiko, die ungleichmässige Rentabilität etc. der einzelnen Unternehmen im Rahmen des Gesamtverbandes auszugleichen (154).

Auch solche "risikogemische Daueranlagen" fallen unter den Konzernbegriff (155). Die gegenteilige Meinung widerspricht der im Wirtschaftsleben herrschenden Auffassung und den bisher gesetzlich für massgeblich erklärten Konzerndefinitionen. Weder § 15 AktG noch § 1 MitbG oder §§ 1, 3 und 9 MitbErgG gehen davon aus, dass ein Konzern nur gleichartige Unternehmen umfassen könne. Selbst im Steuerrecht, wo ein besonders enger Konzernbegriff gilt, ist man von der Forderung nach Homogenität der Konzernunternehmen abgegangen (156).

Die Tatsache, dass es nach der hier vertretenen Auffassung geschehen kann, dass ein Arbeitnehmer eines branchenmässig ganz anders gearteten abhängigen Unternehmens in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gewählt wird, ist entgegen Herold aaO kein Grund für eine einschränkende Auslegung des § 76 IV BetrVG

153) Bühler S. 252 f.

154) Koberstein S. 61 f.; vgl. auch Pausenberger S. 17 und S. 47 ff, wo er den aus sehr verschiedenartigen Unternehmen zusammengesetzten Oetkerkonzern schildert.

155) Bühler S. 252 f., 264, 316 ff.

156) Bühler S. 316

Gerade wenn das herrschende Unternehmen und das abhängige Unternehmen verschiedenen Branchen angehören, kann es sinnvoll sein, wenn ein Arbeitnehmer aus dem abhängigen Unternehmen im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens sitzt. Falls in diesen Fällen die Arbeitnehmervertreter aus dem herrschenden Unternehmen mit den Belangen des abhängigen Unternehmens nicht so vertraut sind, - was genau so häufig vorkommen kann, wie der von Herold angeführte umgekehrte Fall -, können die Arbeitnehmervertreter aus dem abhängigen Unternehmen diesen Belangen Gehör verschaffen. Dass ein solcher Fall nur eintritt, wenn den Anliegen der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen ein gewisses Gewicht zukommt, erscheint dadurch gesichert, dass Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen wohl nur dann in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gewählt werden dürften, wenn ihre Zahl grösser ist als die Belegschaft des herrschenden Unternehmens.

Aus all dem folgt, dass kein zwingender Grund dafür vorliegt, das Konzernmerkmal "wirtschaftlicher Zweck" für § 76 IV BetrVG enger auszulegen als im Rahmen des § 15 AktG.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, warum man, wie Eberl vorschlägt 157), für § 76 IV auf das Erfordernis eines wirtschaftlichen Zwecks völlig verzichten sollte:

Nach der Verkehrsauffassung ist die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke ein wesentliches Merkmal eines Konzerns. - Ausserdem zeigt sich im Wirtschaftsleben häufig, dass Unternehmensverbindungen, die ohne eine wirtschaftliche Notwendigkeit - etwa aus persönlichen Gründen, Ehrgeiz, Machtstreben etc. - erfolgt sind, nicht lange bestehen 158). Die Beachtung des Konzernmerkmals "wirtschaftlicher Zweck" auch im Rahmen des § 76 IV BetrVG kann also dazu beitragen, zufällige und wenig dauerhafte Unternehmenszusammenschlüsse von der Regelung des § 76 IV auszunehmen.

Praktisch dürfte sich der Verzicht auf das Merkmal eines wirtschaftlichen Zweckes allerdings nur selten auswirken, da mit der Begründung eines Abhängigkeitsverhältnisses neben vielleicht vorliegenden rein persönlichen und ideellen Zwecken wohl stets auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden. Doch erscheint auch ein nur theoretisch konstruierter Unterschied zwischen dem Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG und § 15 AktG unnötig.

V. Mehrstufige Konzernverhältnisse.

In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Problem des für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriffs steht die Frage, in welchem Umfang § 76 IV in mehrstu-

157) Eberl S. 66

158) Koberstein S. 62

figen Konzernen anzuwenden ist. Sollen die Arbeitnehmer der unteren Stufen an den Wahlen zum Aufsichtsrat der Unternehmen aller übergeordneten Stufen oder nur an der Wahl zum Aufsichtsrat der obersten Konzernspitze teilnehmen? 159)

Hueck und Dietz beantworten die Frage in dem erstgenannten Sinn 160). Die Mehrzahl der Autoren, die sich ausdrücklich mit dem Problem befasst haben, will die Entscheidung jedoch von den Verhältnissen des Einzelfalles abhängig machen. In der Regel soll danach eine Beteiligung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen nur für die Wahlen zum Aufsichtsrat der obersten Stufe in Betracht kommen, weil nur die oberste Konzernspitze die letzte Entscheidungsbefugnis besitze und damit herrsche. Nur wenn eine "Zwischenkonzernspitze" Leitungsbefugnisse habe, die nicht von oben her gesteuert würden, könne § 76 IV BetrVG auch auf ihren Herrschaftsbereich Anwendung finden 161) 162).

Schon der Wortlaut des § 76 IV spricht gegen eine Beschränkung des Teilnahme-rechts auf die Wahlen zum Aufsichtsrat der obersten Konzernspitze, jedenfalls dann, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung davon ausgeht, dass der Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG sich nach § 15 AktG bestimmt. Denn im Sinne des § 15 Abs. 1, sicher aber im Sinne des § 15 Abs. 2, stellt auch der von der Zwischenkonzernspitze geleitete, bzw. abhängige Konzernbereich einen Konzern dar.

Man kann auch nicht allgemein sagen, dass innerhalb eines Konzerns alle Entscheidungen regelmässig nur in der obersten Spitze fallen und dass den Zwischenstufen für die Leitung des Konzerns jede Bedeutung fehle.

Sehr häufig liegt es vielmehr so, dass die Zwischenstufen bewusst der Dezentrali-

-
- 159) Beispiel: Unternehmen A leitet (§ 15 Abs. 1 AktG) oder beherrscht (§ 15 Abs. 2) das ihm untergeordnete Unternehmen B; Unternehmen B leitet oder beherrscht das ihm untergeordnete Unternehmen C. Nur bei dieser Konzerngestaltung, nicht etwa wenn A und B oder B und C gleichgeordnet sind, kann die Anwendung des § 76 IV BetrVG besondere Probleme aufwerfen. Die ausführlichen Erörterungen von Groothoff S. 79 ff können in diesem Zusammenhang deshalb unberücksichtigt bleiben.
- 160) Hueck AktG § 86 Anh. Anm. 5; Hueck GmbHGes. Schlussanh. Anm. 6 C d; Dietz § 76 Anm. 64
- 161) FrFrWa S. 23; Froehlich-Wagner BB 54, 695; Fi - Kr. § 76 Anm. 74; Fitting AR-Blattei D XV B II 1; Galperin § 76 Anm. 31 a; Maus § 76 Anm. 14; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 d; Eberl S. 65; Kunkel S. 807; Schultze - Schlutius S. 53 ff.; Groothoff S. 82 ff.
- 162) Ähnlich für mehrstufige Organschaftsverhältnisse i. S. des § 1 MitbErgG: Kötter MitbErgG § 1 Anm. 3; Boldt MitbErgG § 1 Anm. 21; Nipperdey Lehrbuch II S. 913 Anm. 106; Gessler BB 56, 627; Fitting ArbBl 56, 500; Kunze ArbU 56, 227

sierung der Verwaltung dienen. Viele die Untergesellschaften betreffende Fragen werden nicht in der obersten Konzernspitze, sondern durch die den Untergesellschaften unmittelbar übergeordneten Unternehmen der Zwischenstufe entschieden. Dies gilt besonders dann, wenn der Konzern sich aus mehreren - in sich geschlossenen, untereinander verschiedenen - Gruppen von Unternehmen verschiedener Branchen zusammensetzt und für jede dieser Gruppen - etwa für Handel, Produktion, Bergbau - jeweils eine besondere Zwischenkonzernspitze besteht.

Jedenfalls hat ein herrschendes Unternehmen der Zwischenstufe aber die Möglichkeit, auf die Führung der zu seinem Konzernbereich gehörigen Untergesellschaften jederzeit beherrschenden Einfluss zu nehmen. Auf die tatsächliche Ausübung dieses Einflusses kann man aus den gleichen Gründen nicht abstellen, aus denen oben für § 76 BetrVG allgemein auf den Nachweis einer einheitlichen Leitung verzichtet wurde 163).

Auch würde die Berücksichtigung der Verhältnisse jedes Einzelfalles dem gerade in den Fragen der Organisation einer juristischen Person besonders bedeutsamen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen.

Aus all diesen Gründen muss man annehmen, dass die Arbeitnehmer mehrstufiger Konzerne jeweils an den Wahlen zum Aufsichtsrat aller ihrem Unternehmen übergeordneten Unternehmen zu beteiligen sind.

ANHANG:

Der Konzernbegriff im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes und das BetrVG

Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes bestimmt die Begriffe Konzern, herrschendes und abhängiges Unternehmen z. T. anders als das geltende Recht. Auf die Notwendigkeit und Zweckmässigkeit der getroffenen Änderungen für das Aktienrecht soll hier nicht eingegangen werden 164). Falls die Bestimmungen des Entwurfs Gesetz werden sollten, wird sich jedoch die Frage erheben, ob sie auch für das BetrVG anstelle des bisher massgeblichen § 15 AktG gelten sollen. Es soll deshalb kurz untersucht werden, inwieweit die Vorschriften des Entwurfs von § 15 AktG abweichen und ob es zweckmässig und angebracht ist, sie auch für das BetrVG zu übernehmen:

163) vgl. oben S. 41 ff.

164) Gegen die Notwendigkeit einer Änderung des § 15 AktG Rasch Gutachten S. 53 und eigentlich auch Fischer AcP 154, 239. Fischer schlägt zwar eine Neufassung des § 15 Abs. 2 vor, die von ihm vorgeschlagene Formulierung bringt aber gegenüber der schon bisher h. M. keine sachlichen Änderungen.

Die in erster Linie einschlägigen Paragraphen lauten:

§ 16

Abhängige und herrschende Unternehmen

- (1) Abhängige Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, auf die ein anderes Unternehmen (herrschendes Unternehmen) in der Lage ist, auf Grund von Beteiligungen, von satzungsmässigen oder von vertraglichen Rechten unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss auszuüben.
- (2) Gehört einem Unternehmen die Mehrheit der Anteile eines anderen Unternehmens oder steht ihm die Mehrheit der Stimmrechte zu, so ist das eine Unternehmen als herrschendes, das andere als abhängiges Unternehmen anzusehen.
- (3) Regelt die Berechnung der nach Abs. 2 massgebenden Anteile, bzw. Stimmrechte.

§ 17

Konzern und Konzernunternehmen

- (1) Übt ein herrschendes Unternehmen seinen beherrschenden Einfluss auf ein oder mehrere abhängige Unternehmen aus und sind das herrschende und die abhängigen Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, dass es mit dem herrschenden einen Konzern bildet.
- (2) Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne dass das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie gleichfalls einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

§ 18 des Entwurfs definiert den Begriff der wechselseitig beteiligten Unternehmen. Nach § 18 Abs. 2 und 3 sind wechselseitig beteiligte Unternehmen unter gewissen Voraussetzungen als herrschende, bzw. abhängige Unternehmen anzusehen.

Die im Hinblick auf § 76 IV BetrVG bedeutsamen Neuerungen gegenüber § 15 AktG bestehen in folgendem:

Im Interesse grösserer Klarheit trennt der Entwurf die Fälle des Unterordnungskonzerns (E § 17 Abs. 1) und des Gleichordnungskonzerns (E § 17 Abs. 2). Er beschränkt sich dabei aber auf gewisse Klarstellungen, ohne die bisherige Rechtslage sachlich zu verändern. Die Neufassung des Konzernbegriffs im engeren Sinn hätte auf § 76 IV deshalb keinen Einfluss. Dass § 76 IV BetrVG nur für Unterordnungskonzerne gilt, braucht nicht ausdrücklich gesagt zu werden, da es sich aus § 76 IV BetrVG ohnehin ergibt.

Von wesentlicher Bedeutung ist dagegen, dass der Entwurf das Verhältnis zwischen

Konzernen und Abhängigkeitsverhältnissen, sowie den Begriff des abhängigen Unternehmens anders als das Aktiengesetz umschreibt.

Abhängigkeitsverhältnisse sollen Konzernverhältnissen nicht mehr schlechthin gleichgestellt werden, sondern nur eine widerlegliche Vermutung für das Bestehen eines Konzerns begründen. Für einen Konzern soll eine einheitliche Leitung, d.h. die tatsächliche Ausübung des beherrschenden Einflusses, begriffswesentlich sein.

Die Schwäche dieser Regelung besteht darin, dass sie offenlässt, was unter der Ausübung des beherrschenden Einflusses verstanden werden soll. Auf die Schwierigkeiten, die einer Abgrenzung dieses Begriffs von der blossen Möglichkeit der Beherrschung - die weiterhin das entscheidende Merkmal für ein Abhängigkeitsverhältnis bleiben soll - entgegenstehen, wurde bereits hingewiesen 165).

Im Interesse der Geltung eines einheitlichen Konzernbegriffs für das BetrVG und das AktG wäre es aber doch wohl zu vertreten, auch im BetrVG künftig auf die unwiderlegliche Vermutung des § 15 Abs. 2 AktG zu verzichten und sich mit der widerleglichen Vermutung des § 17 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs zu begnügen. Diese Regelung wäre jedenfalls unvergleichlich besser als die Vorschläge, die für § 76 IV BetrVG grundsätzlich eine einheitliche Leitung voraussetzen, ohne deren Nachweis durch eine Vermutung zu erleichtern.

Der Begriff des abhängigen Unternehmens wird durch den Entwurf teils erweitert, teils eingeschränkt:

Eine Erweiterung bringt der Entwurf insoweit, als er für Abhängigkeitsverhältnisse auf das Merkmal eines wirtschaftlichen Zwecks verzichtet 166) und für die Fälle des § 16 Abs. 2 eine unwiderlegliche Vermutung für das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses aufstellt 167). Beide Änderungen dürften sich jedoch praktisch kaum auswirken, da das Merkmal "wirtschaftlicher Zweck" nach h.L. sehr weit auszulegen ist und deshalb bei Abhängigkeitsverhältnissen in aller Regel vorliegt und weil in den Fällen des § 16 Abs. 2 auch schon nach der bisherigen Regelung in den allermeisten Fällen ein Abhängigkeitsverhältnis anzunehmen ist. Die genannten Erweiterungen des Abhängigkeitsbegriffs könnten deshalb auch für das BetrVG übernommen werden.

Bedenken gegen die Regelung des Entwurfs bestehen nur insoweit, als der Begriff

165) Vgl. oben S. 47 ff.

166) Vgl. Erl. zu E § 15; Kropff NJW 59, 174

167) Nach den Vorschlägen des Instituts der Wirtschaftsprüfer soll eine Mehrheitsbeteiligung (mehr als die Hälfte der Stimmrechte) sogar eine unwiderlegliche Vermutung für das Bestehen eines Konzerns, nicht nur eines Abhängigkeitsverhältnisses begründen. Vgl. Erg. Vorschläge WP S. 23, 24

des abhängigen Unternehmens gegenüber der Vorschrift des § 15 Abs. 2 AktG eingeengt werden soll. Künftig soll ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des Gesetzes nur noch auf Beteiligungen, satzungsmässigen oder vertraglichen Rechten beruhen können. § 15 Abs. 2 sei zu weit, seine Voraussetzungen seien oft nur sehr schwer festzustellen 168).

Dass die Feststellung eines Abhängigkeitsverhältnisses im Sinne des § 15 Abs. 2 AktG häufig auf Schwierigkeiten stösst, soll nicht bestritten werden. Dies rechtfertigt aber keineswegs eine Einschränkung des Abhängigkeitsbegriffs. Wenn man schon danach strebt, Abhängigkeitsverhältnisse rechtlich zu erfassen, dann sollte man sich bemühen, möglichst alle, nicht nur die bequem feststellbaren, einer rechtlichen Regelung zu unterwerfen. Ausserdem ist nicht gesagt, dass ein auf Beteiligung, Vertrag oder Satzung beruhendes Abhängigkeitsverhältnis wirklich leicht festzustellen ist 169).

Auch ist mit der Erleichterung der Feststellung eines Abhängigkeitsverhältnisses wenig gedient, wenn nicht auch der Konzernbegriff entsprechend eingeschränkt wird. Den Konzernbegriff aber hat der Entwurf zu Recht nicht eingeschränkt. Ein Konzern kann auch nach den Vorschriften des Entwurfs nicht nur auf Beteiligung, Vertrag oder Satzung, sondern auch auf sonstigen Gegebenheiten beruhen 170).

Selbst wenn die Beschränkung des Abhängigkeitsbegriffs also die Feststellung eines Abhängigkeitsverhältnisses im Sinne des Entwurfs erleichtern sollte, so erschwert sie doch die Feststellung und den Nachweis eines Konzernverhältnisses: Mit der Beschränkung des Begriffs des abhängigen Unternehmens wird nämlich auch die Wirksamkeit der Vermutung des § 17 Abs. 1 Satz 2 eingeschränkt. Beteiligungen, vertragliche und satzungsmässige Rechte sind ja zwar die gebräuchlichsten Mittel der Konzernbildung - § 16 des Entwurfs dürfte also wohl fast alle Tatbestände erfassen, die schon bisher unter den Abhängigkeitsbegriff fielen - es ist aber doch denkbar, dass in manchen Fällen auf Grund von Beteiligungen, Verträgen und Satzungsbestimmungen allein eine Abhängigkeit noch nicht besteht oder nicht nachgewiesen werden kann, sondern sich erst aus zusätzlichen Umständen, wie weitgehender Personalunion, Zersplitterung des übrigen Anteilbesitzes, ergibt. In diesen Fällen kann die Einschränkung des Abhängigkeitsbegriffs - und damit auch der Vermutung für das Bestehen eines Konzerns - die Umgehung konzernrechtlicher Vorschriften erleichtern.

168) Vgl. Kropff NJW 59, 174; v. Gierke ZHR 122, 3 ff; Erg. Vorschläge WP S. 23

169) Vgl. oben S. 50; Erl. zu E AktG § 16

170) Der Entwurf geht also nicht so weit wie die Autoren, die auch den Konzernbegriff, jedenfalls den des § 76 IV BetrVG, auf Herrschaftsverhältnisse beschränken wollen, die sich auf Beteiligung, Vertrag oder Satzung gründen.

Vielleicht glaubten die Verfasser des Referentenentwurfs, die Einschränkung des Begriffs des abhängigen Unternehmens trotz der eben geschilderten Bedenken in Kauf nehmen zu können, weil sie annahmen, dass andere Vorschriften des Entwurfs möglichst weitgehend dazu führen würden, dass Konzernmacht in Zukunft mehr als bisher offengelegt und auf eine rechtliche Grundlage gestellt würde, sodass Umgehungen des Gesetzes kaum zu befürchten wären 171).

Es sei hier an die Vorschrift des § E 19, die Bestimmungen über den Konzernabschluss und die §§ 270 ff des Entwurfs erinnert 172).

Besondere Bedeutung kommt in diesem Zusammenhang der Vorschrift des § 284 des Entwurfs zu. § 284 bedroht diejenigen, die ein Unternehmen beherrschen, ohne auf Grund eines Unternehmensvertrages 173) dazu berechtigt zu sein, mit scharfer Haftung. Er soll bewirken, dass Leitungsmacht künftig nur mehr auf Grund eines besonderen Vertrages, nicht lediglich mit Hilfe sonstiger Einflussmöglichkeiten ausgeübt wird 174).

Es muss jedoch bezweifelt werden, ob § 284 in der Praxis wirklich die erhoffte Wirkung haben würde 175). Ausserdem ist noch gar nicht gesagt, ob § 284 tatsächlich Gesetz wird, da er - wie auch andere Vorschriften des Entwurfs, die auf eine Offenlegung der Konzernverhältnisse abzielen - auf heftige Kritik gestossen ist 176).

Abschliessend wird man zu der Neufassung des Abhängigkeitsbegriffs deshalb erst Stellung nehmen können, wenn geklärt ist, in welchem Umfang die übrigen Vorschriften des Entwurfs, insbesondere die Bestimmungen des 3. Buches, Gesetz wer-

171) Vgl. E Vorbem. zum 3. Buch und Schäffer BB 58, 1258

172) Bez. der Einzelheiten vgl. Kropff NJW 59, 175

173) Vgl. hierzu E §§ 270 ff; Rautmann in Beiträge S. 159 ff; Rasch BB 59, 165 ff; Flume Referentenentwurf S. 19 ff und Betr. 59, 190 ff; Würdinger Betr. 58, 1447 ff; Schmidt in Beiträge S. 49 ff; Kropff NJW 59, 174 ff; Schäffer BB 58, 1258; Erg. Vorschläge WP S. 60 ff.

174) Vgl. E AktG Vorbem. zum 3. Buch und zu § 284; Flume Referentenentwurf S. 22; a. A. Schäffer aaO

175) Vgl. Flume Referentenentwurf S. 20 und Schmidt in Beiträge S. 52 ff.

176) Zur Kritik an der Grundkonzeption der §§ 270 ff. E AktG vgl. Würdinger Betr. 58, 1447 ff und Schmidt in Beiträge S. 46 ff.;

Kritik an § 284 E AktG üben insbes.: Flume Referentenentwurf S. 19 ff; Schmidt in Beiträge S. 46 ff. Besonders heftig ist die Kritik einflussreicher Wirtschaftsverbände, vgl. Gemeinsame Denkschrift S. 76 ff, insbes. S. 78, wo § 284 E AktG als unannehmbar bezeichnet wird.

Zur Kritik an den Vorschriften über den Konzernabschluss siehe Mellerowicz in Beiträge S. 229 und Gemeinsame Denkschrift S. 53 ff, zur Kritik an § 19 E AktG Rautmann in Beiträge S. 163 m. w. N. und Gemeinsame Denkschrift S. 41 ff.

den, vielleicht sogar erst dann, wenn man sieht, wie die Reform des Aktien- und Konzernrechts sich in der Praxis auswirkt.

Falls die konzernrechtlichen Vorschriften des Entwurfs wesentlich gemildert werden und damit dann auch die Praxis der Konzernherrschaft im grossen und ganzen unverändert bleiben sollten, bestünde m. E. auch für eine Einschränkung des Begriffs des abhängigen Unternehmens kein Anlass.

Um die heute bestehenden Unklarheiten über den Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG künftig nicht noch zu vergrössern, sondern nach Möglichkeit ganz zu beseitigen, wäre es jedenfalls sehr zu wünschen, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich bestimmen würde, ob der Konzernbegriff des neuen Aktiengesetzes - gleichgültig wie er beschaffen sein mag - auch für das BetrVG gelten soll oder nicht. Denn nur der Gesetzgeber kann diese Frage bindend entscheiden. Für andere Gesetze, etwa die §§ 3 und 9 MitbErgG, die auf § 15 AktG ausdrücklich Bezug nehmen, wird sich eine Klarstellung ohnehin nicht vermeiden lassen.

2. KAPITEL

Die für die Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG massgebliche Mindestzahl von Arbeitnehmern

A. Allgemeines

Nach § 76 Abs. 1 muss der Aufsichtsrat einer AG oder KGaA zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen, ohne dass diese Regelung ausdrücklich davon abhängig gemacht wird, wie gross die Belegschaft der AG oder KGaA ist.

Demgegenüber wurde für Aktiengesellschaften, die Familiengesellschaften sind, für Gesellschaften m. b. H., bergrechtliche Gewerkschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit, Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit ausdrücklich bestimmt, dass eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nur in Frage kommt, wenn die Belegschaft aus mindestens 500 (so § 76 VI) bzw. 501 (so § 77) Arbeitnehmern besteht.

Warum der Gesetzgeber bei der AG und KGaA auf die Festsetzung einer Mindestzahl verzichtet hat, ob er die AG schon allein auf Grund ihrer Rechtsform und ihrer in der Regel grossen wirtschaftlichen Bedeutung zur Aufnahme von Arbeitnehmern in den Aufsichtsrat verpflichten wollte 1) oder ob er gar nicht daran gedacht hat, dass es auch Aktiengesellschaften mit sehr kleiner, bzw. ohne Belegschaft gibt 2), ist bestritten.

Wahrscheinlicher ist wohl das letztere. Trotzdem muss aber nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes angenommen werden, dass bei Aktiengesellschaften die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von der Grösse der Belegschaft grundsätzlich unabhängig sein sollte 3).

Das heisst allerdings nicht, dass auch wirklich in jedem Aufsichtsrat einer AG Arbeitnehmervertreter sitzen müssen:

Nach ganz einhelliger Auffassung kommt z.B. eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht in Betracht, wenn eine AG überhaupt keine Arbeitnehmer beschäftigt 4). - Dies gilt jedenfalls dann, wenn die betreffende AG nicht herrschendes Unternehmen eines Konzerns ist. -

Ob § 76 BetrVG aber auch für Aktiengesellschaften mit einer ganz kleinen Beleg-

1) Galperin § 76 Anm. 29

2) Nipperdey Lehrbuch II S. 885; FrFrWa S. 15

3) Galperin aaO; Hueck Betr. 52, 781

4) vgl. statt aller Nipperdey Lehrbuch II S. 885 mit weiteren Nachweisen und BAG in AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG

schaft von etwa einem bis vier Arbeitnehmern gilt, ist lebhaft umstritten.

Eine "gewöhnliche" AG wird wohl meist eine so grosse Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen, dass es auf die Frage nach der für § 76 BetrVG erforderlichen Mindestzahl nicht ankommt. Konzernspitzengesellschaften - auch grosser Konzerne - kommen jedoch häufig mit einer sehr kleinen Zahl von Arbeitnehmern aus. - Bühler 5) erwähnt beispielsweise, dass die VIAG, eine Gesellschaft mit einem Grundkapital von 200 Millionen DM im Jahre 1954 nur sechs Arbeitnehmer beschäftigte. - Da im gesamten Konzern aber wohl stets eine erhebliche Zahl von Arbeitnehmern beschäftigt sein wird, kommt es für die Mitbestimmung im Konzern wesentlicher als auf die im allgemeinen geltende Mindestzahl darauf an, ob man, soweit die Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens von der Grösse der Belegschaft abhängt, lediglich auf die unmittelbar beim herrschenden Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer abstellen oder auch die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen mit berücksichtigen soll. Besonders wichtig ist diese Frage für Spitzengesellschaften, die Familiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. sind.

Die Frage nach der für Aktiengesellschaften im allgemeinen geltenden Mindestzahl wird im folgenden deshalb nur kurz erörtert. Hauptsächlich soll untersucht werden, ob und inwieweit die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen für die Zwecke der §§ 76, 77 BetrVG zugerechnet werden können oder nicht.

B. Die für die Anwendung des § 76 BetrVG bei der "gewöhnlichen" AG erforderliche Mindestzahl von Arbeitnehmern

I. Die verschiedenen Meinungen.

1. Mindestzahl fünf.

Nach wohl herrschender Meinung 6) kommt eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht in Betracht, wenn eine AG weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt.

Träger des Beteiligungsrecht sei die Belegschaft. Aus den §§ 8 und 10 Abs. 3

5) Bühler S. 395

6) Nipperdey Lehrbuch II S. 885; Galperin § 76 Anm. 14; Erdmann § 76 Anm. 5 e; Meissinger § 76 Anm. 5; Rasch S. 134; Schnorr v. Carolsfeld S. 449; v. Köhler BB 53, 562; Schmidt NJW 52, 1353; Spethmann-Schnorr RdA 53, 446; Weitzel BB 52, 806; Schmatz DNotZ 53, 88; ArbG Frankfurt/M. NJW 54, 656; LG Frankfurt/M. NJW 56, 598; Natzel Betr. 57, 1021 Anm. 8; Schmidt in Grosskomm. § 86 Anm. 4 b

BetrVG ergebe sich, dass das BetrVG fünf Arbeitnehmer als die kleinste Gruppe ansehe, die Träger von Belegschaftsrechten sein könne. Dieselben Erwägungen müssten auch für § 76 BetrVG gelten 7). Das Gesetz habe hier nur deshalb keine Mindestgrenze festgesetzt, weil man nicht daran gedacht habe, dass es auch Aktiengesellschaften mit sehr kleiner Belegschaft, etwa mit weniger als fünf Arbeitnehmern, gebe 8).

Im übrigen sei in solchen Fällen eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat überflüssig und unpraktisch 9). Arbeitnehmerinteressen seien nicht wahrzunehmen 10). Zumindest stünden sie in keinem Verhältnis zu den Interessen der Aktionäre 11).

Das Gesetz sehe die Wahrnehmung der Arbeitnehmerinteressen durch Vertreter vor. Dem widerspreche es, wenn man § 76 BetrVG anwende, obwohl nur so wenige Arbeitnehmer vorhanden seien, dass sie selbst den Wahlausschuss bildeten und sich selbst wählten 12).

Jede Wahl setze naturgemäss eine gewisse Mindestzahl von Wahlberechtigten voraus. Wenn diese nicht erreicht werde, sei eine Wahl nicht möglich. Das Gesetz könne aber nicht Widersinniges oder Unmögliches anordnen 13).

2. Mindestzahl drei.

Nach einer anderen, ebenfalls verbreiteten Meinung sind die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat schon dann zu beteiligen, wenn eine AG mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. Falls eine AG dagegen weniger als drei wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftige, entfalle eine Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat, weil dann kein ordnungsgemässer Wahlvorstand nach § 31 WO gebildet werden könne 14).

3. Froehlich, Franke und Wagner 15) folgern aus der in § 76 Abs. 2 S. 3 enthaltenen Verweisung auf § 10 Abs. 3 BetrVG, dass nur dann Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat einer AG zu wählen seien, wenn die AG mindestens fünf Arbeiter und fünf

7) v. Köhler, Spethmann-Schnorr, Schmatz, LG Frankfurt aaO

8) Nipperdey Lehrbuch II S. 885; FrFrWa S. 15

9) Weitzel und Meissinger aaO

10) Schmidt NJW 52, 1353

11) LG Frankfurt, Schnorr v. Carolsfeld aaO

12) Erdmann, Spethmann-Schnorr, Weitzel, ArbG Frankfurt aaO

13) ArbG Frankfurt, LG Frankfurt, Schmatz, v. Köhler, Spethmann-Schnorr aaO

14) Hueck Betr. 52, 781; Hueck AktG Anh. nach § 86 Anm. 2 C; Dietz § 76 Anm. 2 b und MitbR S. 11; Radke ArbuR 58, 166; Maus § 76 Anm. 4; Valenthin Anm. zu SAE 1957 Nr. 102

15) S. 15

Angestellte beschäftigt. Andernfalls habe jede Gruppe als Minderheitsgruppe ohne Beteiligungsrecht zu gelten.

4. Nach Fitting-Kraegeloh 16) hat eine AG schon dann Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat aufzunehmen, wenn sie so viele Arbeitnehmer beschäftigt als unternehmerische zugehörige Arbeitnehmervertreter zu wählen sind. Nach dieser Meinung gilt folgendes: Besteht der Aufsichtsrat einer AG aus drei Personen und beschäftigt die AG einen Arbeitnehmer, so ist dieser ein Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat aufzunehmen. Besteht der Aufsichtsrat aus mehr als drei Personen, so muss die AG mindestens zwei Arbeitnehmer beschäftigen, damit das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer zum Tragen kommt.

5. Besonders ausführlich setzt sich Eberl 17) mit dem Problem der für Aktiengesellschaften geltenden Mindestzahl auseinander. Er meint, dass § 76 BetrVG grundsätzlich für alle Aktiengesellschaften gelte. Eine Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat finde jedoch dann nicht statt, wenn eine AG nur so wenige Arbeitnehmer beschäftige, dass eine ordnungsgemässe Wahl nicht stattfinden könne. Eberl untersucht deshalb eingehend die einzelnen Voraussetzungen für eine ordnungsgemässe Wahl. Kurz zusammengefasst sagt er etwa folgendes:

a. Mindestzahl von wählbaren Arbeitnehmern. Wahl bedeute Auswahl. Eine Auswahl sei schon rein begrifflich nicht möglich, wenn die Zahl der wählbaren Arbeitnehmer nicht mindestens um eins grösser sei als die Zahl der nach § 76 Abs. 2 S. 2 und 3 BetrVG aus der Zahl der Arbeitnehmer des Unternehmens zu wählenden Vertreter 18). Falls nur ein Vertreter der Arbeitnehmer zu wählen sei, müsse die AG also mindestens zwei, falls zwei Vertreter zu wählen seien, mindestens drei wählbare Arbeitnehmer beschäftigen, damit eine Wahl stattfinden könne.

Bei der Zahl von drei wählbaren Arbeitnehmern bleibe es auch, falls mehr als zwei Arbeitnehmervertreter zu wählen seien, da als dritter, vierter usw. Arbeitnehmervertreter auch unternehmensfremde Personen gewählt werden können 19).

b. Mindestzahl von wahlberechtigten Arbeitnehmern.

Die Arbeitnehmervertreter sind nach § 76 Abs. 2 S. 1 von den wahlberechtigten Arbeitnehmern des Unternehmens in geheimer Wahl zu wählen. Geheim sei eine Wahl nur dann, wenn das Wahlverfahren garantiere, dass der einzelne seine Stimme abgeben könne, ohne dass die Allgemeinheit oder die anderen Wähler

16) § 76 Anm. 33; ebenso anscheinend Groothoff S. 88 ff.

17) S. 74 ff.

18) Eberl S. 88 ff.; ähnlich Klingelhöfer RdA 55, 95 und FrFrWa S. 16; vgl. Kötter S. 103 (MitbErG § 14 Anm. 4)

19) Dies wird verschiedentlich übersehen, so von Radke ArbuR 58, 166 und Spethmann-Schnorr RdA 53, 448

erfahren könnten, wie er sich entschieden habe. Wenn eine AG nur einen oder zwei wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftige, sei eine geheime Wahl nicht möglich. Eine geheime Wahl sei überhaupt nur denkbar, wenn mindestens drei Wähler vorhanden seien 20).

Nach Eberl sind die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat deshalb dann zu beteiligen, wenn die AG mindestens drei wahlberechtigte und mindestens drei - bzw., wenn nur ein Arbeitnehmervertreter zu wählen ist, mindestens zwei - wählbare Arbeitnehmer beschäftigt 21).

6. Ähnlich wie Eberl meint auch Kötter 22), dass das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer da eine Grenze finde, wo eine Wahl im Sinne einer Auswahl infolge der geringen Zahl der im Unternehmen beschäftigten wählbaren Arbeitnehmern nicht mehr möglich sei. Diese Grenze liege, wenn nur ein Vertreter zu wählen sei, bei drei, wenn zwei oder mehr Vertreter zu wählen seien, bei mindestens fünf wählbaren Arbeitnehmern. Eine Begründung gibt Kötter nicht.

7. Goebel 23) geht bei der Ermittlung der erforderlichen Zahl von Arbeitnehmern ähnlich vor wie Eberl, kommt dabei aber zu anderen Ergebnissen. Er meint, dass die Wahl eines Vertreters fünf wahlberechtigte, davon zwei wählbare, und die Wahl von zwei oder mehr Vertretern sieben wahlberechtigte, davon drei wählbare, Arbeitnehmer voraussetzt.

Goebel geht nämlich davon aus, dass im ersten Fall zwei und im zweiten Fall drei Kandidaten aufgestellt werden müssten und dass diese Kandidaten selbst nicht aktiv wahlberechtigt seien.

II. Eigene Stellungnahme.

1) Zu den auf die §§ 8, 10 Abs. 3 BetrVG und § 31 WO gestützten Lösungsversuchen.

Die Argumentation mit den §§ 8 bzw. 10 Abs. 3 BetrVG oder § 31 WO hat den Vorzug, dass sie auf einfachem Wege zu klaren Ergebnissen führt. Sie ist jedoch nicht schlechthin überzeugend:

a) Direkt kann § 8 BetrVG auf § 76 BetrVG nicht angewendet werden, da er nicht unter den allgemeinen Vorschriften, sondern im 2. Teil des BetrVG steht und deshalb unmittelbar nur für die Bildung des Betriebsrates gilt.

Eine analoge Anwendung des § 8 BetrVG im Rahmen des § 76 BetrVG hätte zwar viel für sich, erscheint aber doch nicht so selbstverständlich, dass sie auch dieje-

20) Eberl S. 93 ff.

21) Eberl S. 97

22) MitbErgG § 14 Anm. 4 c

23) S. 30 ff.

nigen überzeugen könnte, die meinen, dass § 76 BetrVG grundsätzlich unabhängig von der Grösse der Belegschaft gilt. Es wäre zwar zu begrüessen, wenn die für die Wahl des Betriebsrates massgebliche Mindestzahl von Arbeitnehmern auch für die Pflicht zur Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat gelten würde, es ist aber auch denkbar, dass beide Regelungen von einander unabhängig sein sollten 24).

b) § 10 Abs. 3 BetrVG gilt im Rahmen des § 76 BetrVG entsprechend (§ 76 Abs. 2 S. 3). § 10 Abs. 3 betrifft aber nur das Verhältnis der Arbeitnehmergruppen, wenn eine Wahl stattfindet. Er sagt nichts darüber, wann eine Wahl stattfinden soll.

Ausserdem setzt § 10 Abs. 3 BetrVG anders als § 8 BetrVG nicht fünf, sondern mindestens sechs Arbeitnehmer voraus. Froehlich, Franke und Wagner scheinen das zu übersehen. Ausserdem übersehen sie, dass nach § 10 Abs. 3 BetrVG auch eine Minderheitsgruppe von weniger als sechs Arbeitnehmern Anspruch auf Vertretung hat, wenn sie mehr als ein Zwanzigstel der Gesamtbelegschaft ausmacht 25). Die Meinung von Froehlich, Franke und Wagner ist aber auch sachlich nicht gerechtfertigt. Es ist nicht einzusehen, warum § 76 BetrVG nicht angewendet werden sollte, wenn eine AG etwa 100 Angestellte und vier Arbeiter - oder umgekehrt - beschäftigt.

c) Gegen die Meinung, dass § 31 WO mindestens drei wahlberechtigte Arbeitnehmer voraussetze, spricht, dass der Wahlvorstand gemäss § 31 WO nur in der Regel, aber nicht zwingend aus drei Mitgliedern bestehen soll. Es ist durchaus möglich, dass nur ein oder zwei Arbeitnehmer den Wahlvorstand bilden 26).

2) Zu den auf den Einzelfall abgestellten Lösungsversuchen.

Auch wer meint, dass § 76 BetrVG grundsätzlich für alle Aktiengesellschaften gilt, wird einräumen müssen, dass eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat entfällt, wenn eine AG nur so wenige Arbeitnehmer beschäftigt, dass die Anwendung des § 76 BetrVG unmöglich ist.

Fitting-Kraegeloh, Eberl, Kötter und Goebel sind also auf dem richtigen Weg, wenn sie die massgebliche Mindestzahl nach der Zahl der im Einzelfall für die Anwendung des § 76 BetrVG rein tatsächlich erforderlichen Arbeitnehmer zu bestimmen suchen.

24) Für die Unabhängigkeit beider Regelungen ausdrücklich Eberl S. 77 ff.; Galperin § 76 Anm. 29; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 c; Hueck AktG Anh. nach § 86 Anm. 2 C

25) vgl. Spethmann-Schnorr RdA 53, 448; Eberl S. 84; Dietz Anm. 3, Fi-Kr Anm. 20 je zu § 10 BetrVG

26) Fi-Kr. § 31 WO Anm. 11; Galperin § 31 WO Anm. 2

Fitting-Kraegeloh übersehen aber, dass die Vertreter der Arbeitnehmer in geheimer Wahl von den Arbeitnehmern des Unternehmens zu wählen sind. Wenn der einzige Arbeitnehmer oder die beiden einzigen Arbeitnehmer einer AG sich selbst zu Mitgliedern des Aufsichtsrats bestimmen, so kann man diesen Vorgang weder als Wahl von "Vertretern", noch als Wahl, noch als geheime Wahl bezeichnen.

Die von Kötter vorgeschlagenen Mindestzahlen von drei, bzw. fünf wählbaren Arbeitnehmern erscheinen willkürlich festgesetzt und deshalb nicht unbedingt überzeugend. Warum sollte es nicht möglich sein, einen Vertreter aus zwei, bzw. zwei Vertreter aus drei oder vier Arbeitnehmern auszuwählen?

Die Meinung Goebels ist abzulehnen, weil die von Goebel aufgestellten Voraussetzungen für die Wahl von Arbeitnehmerv Vertretern sich aus dem Gesetz nicht ableiten lassen. Das BetrVG und die dazu erlassene Wahlordnung schreiben weder die Aufstellung einer bestimmten Zahl von Kandidaten für die Wahlen zum Aufsichtsrat vor, noch bestimmen sie, dass die Kandidaten selbst nicht mitwählen dürfen.

Aus dem Grundsatz, dass die Arbeitnehmerv Vertreter zu wählen sind, lässt sich nur herleiten, dass die Möglichkeit bestehen muss, zwischen mehreren denkbaren Kandidaten eine Auswahl zu treffen. Das heisst aber nicht, dass tatsächlich mehr Kandidaten aufgestellt werden müssen, als Vertreter zu wählen sind.

Die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat sollen zwar Vertreter der Arbeitnehmer und nicht etwa die einzigen Arbeitnehmer des Unternehmens sein. Es ist deshalb ausgeschlossen, dass der einzige oder die beiden einzigen Arbeitnehmer eines Unternehmens sich selbst zu Aufsichtsratsmitgliedern bestimmen. Dagegen lässt es sich mit dem Gedanken der Wahl von Vertretern durchaus vereinbaren, dass bei der Wahl neben anderen Stimmen auch die Stimmen der Kandidaten selbst mit ins Gewicht fallen, gleichgültig, ob die Kandidaten sich selbst oder ihre ebenfalls kandidierenden Kollegen wählen.

Die von Eberl ermittelten Mindestzahlen stellen das absolute Minimum dar. Von weniger als drei wahlberechtigten und drei bzw. zwei wählbaren Arbeitnehmern kann eine ordnungsgemässe Wahl gemäss § 76 BetrVG nicht durchgeführt werden. Der von Eberl vertretenen Meinung ist deshalb zuzustimmen.

Gegen Eberl könnte allerdings eingewendet werden, dass die von ihm vorgeschlagene Zahl von drei wahlberechtigten Arbeitnehmern - auch abgesehen von dem Sonderfall der einstimmigen Wahl, die nachträglich betrachtet nie geheim bleiben kann - nicht gewährleistet, dass die Entscheidung des einzelnen Wählers völlig geheim bleibt. Denn auch bei dem Ergebnis 2 : 1 erfährt der unterlegene Wähler, wie seine beiden Kollegen abgestimmt haben. Man wird sich über dieses Bedenken aber hinwegsetzen können, da auch durch Festsetzung einer höheren Mindestzahl nicht erreicht werden kann, dass die Entschliessung des einzelnen unter

allen Umständen geheim bleibt. Auch bei dem Ergebnis 99 : 1 würde der eine unterlegene Arbeitnehmer erfahren, wie die anderen gewählt haben.

Eberl 27) räumt selbst ein, dass das von ihm gefundene Ergebnis kompliziert und wenig erfreulich ist und dass deshalb eine gesetzliche Neuregelung wünschenswert wäre. Dem kann nur zugestimmt werden. Es wäre zu begrüßen, wenn die Mindestzahl auf etwa zwanzig Arbeitnehmer festgesetzt würde, damit technische Schwierigkeiten bei der Wahl einigermaßen ausgeschaltet würden.

Die Meinung Eberls 28), man solle in Zukunft alle Aktiengesellschaften unabhängig von der Arbeitnehmerzahl der Regelung des § 76 BetrVG unterwerfen und eventuell die Arbeitnehmervertreter ernennen, ist abzulehnen. Wessen Interessen sollen die ernannten "Vertreter" wahrnehmen, wenn die AG keine Arbeitnehmer beschäftigt? Wer soll sie ernennen? Auf diese Fragen bleibt Eberl die Antwort schuldig. Ausserdem spricht gegen seine Ansicht, dass die Beteiligung nur um der Beteiligung willen nicht geeignet ist, dem Ansehen der Mitbestimmung zu dienen.

III. Klärung verschiedener oben I und II gebrauchter Begriffe.

Über die folgenden mit dem Problem der Mindestzahl zusammenhängenden Fragen besteht im wesentlichen Einigkeit: Bei der Ermittlung der Beschäftigtenzahl kommt es auf deren regelmässigen Stand an 29).

Der Arbeitnehmerbegriff bestimmt sich nach § 4 BetrVG 30), die Wahlberechtigung nach § 6 BetrVG 31), die Wählbarkeit nach § 86 Abs. 2 AktG und § 76 Abs. 2 S. 2 und 3 BetrVG 32).

27) Eberl S. 99

28) Eberl S. 100

29) Dietz Festschrift S. 696; Nipperdey Lehrbuch II S. 903 m.w.N., sowie die Kommentare zu § 8 BetrVG, etwa Galperin § 8 Anm. 8 - 11

30) Dietz Festschrift S. 696; Schmidt in Hachenburg § 52 Anh. I Anm. 3; Galperin § 76 Anm. 37 b m.w.N.; teilweise a.A. Nipperdey Lehrbuch II S. 888 f. m.w.N.

31) vgl. § 76 Abs. 2 S. 1 BetrVG

32) vgl. statt aller Galperin § 76 Anm. 36 ff.

C. Die für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns massgebende Mindestzahl von Arbeitnehmern

I. Die verschiedenen Meinungen.

1) Gegen die Einrechnung der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen.

a) Soweit ersichtlich war es Hueck 33), der sich als erster mit ausführlicher Begründung dafür ausgesprochen hat, dass es - soweit die Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns von der Grösse der Belegschaft abhängt - allein auf die beim herrschenden Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer, nicht auch auf die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ankommt.

Huecks Darlegungen sind zwar eigentlich nur auf herrschende Unternehmen in Form einer GmbH zugeschnitten, seine Argumente gelten z.T. jedoch auch für Spitzengesellschaften in anderer Rechtsform. Bei herrschenden Unternehmen in Form einer GmbH verbietet sich die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns nach Hueck aus folgenden Gründen.

aa) Voraussetzung für den Zwang zur Bildung eines Aufsichtsrates, bzw. die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat sei nach dem unzweideutigen Wortlaut des § 77 Abs. 1 BetrVG das Vorliegen einer GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern.

bb) § 77 Abs. 1 BetrVG verweise nicht uneingeschränkt - insbesondere nicht bezüglich der Voraussetzungen zur Bildung eines Aufsichtsrates, sondern nur bez. der Zusammensetzung, Rechte und Pflichten eines etwa zu bildenden Aufsichtsrates auf § 76 IV BetrVG.

cc) Endlich gebe auch § 76 IV den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen nur ein Recht zur Teilnahme an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, wenn eine solche Wahl überhaupt stattfindet.

dd) Hueck meint, man könnte vielleicht anders entscheiden, wenn auch sonst das abhängige und das herrschende Unternehmen eines Konzerns von unserem Recht organisatorisch als Einheit zusammengefasst würden. Das treffe jedoch gerade nicht zu, weder arbeitsrechtlich noch gesellschaftsrechtlich. Das BetrVG sehe für einen Konzern keinen einheitlichen Betriebsrat, nicht einmal einen Gesamtbetriebsrat, und auch keinen einheitlichen Wirtschaftsausschuss vor. Auch das AktG handle das herrschende und das abhängige Unternehmen als selbständige Einheiten.

Wenn § 77 bzw. § 76 IV BetrVG alle Konzernunternehmen hätten zu einer Einheit zusammenfassen wollen, hätte das klar zum Ausdruck kommen müssen.

ee) Speziell bei der GmbH sei ein Zwang zur Bildung eines Aufsichtsrates auch wenig zweckmässig. Da die Gesellschafter untereinander in der Regel eng verbunden seien und dem Aufsichtsrat einer GmbH eine wesentlich schwächere Stellung zukomme als dem Aufsichtsrat einer AG, sei ein Aufsichtsrat für die GmbH gesellschaftsrechtlich überflüssig und arbeitsrechtlich nutzlos.

ff) Ein Zwang zur Bildung eines Aufsichtsrates unter Beteiligung von Arbeitnehmern führe auch dazu, dass die Konzernobergesellschaften in andere Gesellschaftsformen, etwa die der KG, ausweichen 34).

b) Andere Autoren.

Die Ausführungen Huecks haben bei einem grossen Teil des Schrifttums Gefolgschaft gefunden:

Gestützt auf die oben a), cc) und dd) dargestellten Argumente lehnen zahlreiche Autoren allgemein, nicht nur bei Obergesellschaften in Form einer GmbH, eine Zurechnung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ab 35).

c) Die Stellungnahme des Bundesarbeitsgerichts.

Auch das BAG hat in zwei Beschlüssen 36) ausgesprochen, dass es bezüglich der für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat erforderlichen Mindestgrösse der Belegschaft grundsätzlich allein auf die Zahl der beim herrschenden Unternehmen unmittelbar beschäftigten Arbeitnehmer ankomme. In der ausführlichen Begründung des ersten Beschlusses folgt das BAG im wesentlichen den Argumenten Huecks, der zweite Beschluss bringt keine neuen Gesichtspunkte, sondern verweist auf den ersten.

Der Beschluss 1 ABR 4/56 betrifft ein herrschendes Unternehmen in der Form einer AG ohne eigene Arbeitnehmer, der Beschluss 1 ABR 8/56 einen Versicherungsver-

34) Hueck GmbHGes Schlussanhang Anm. 1 D

35) Nipperdey Lehrbuch II S. 904 für die GmbH und S. 884 Anm. 6 für Familiengesellschaften, anders S. 888 Anm. 23 für die AG; Erdmann § 76 Anm. 4 b, 5 e, 9 und § 77 Anm. 6; FrFrWa S. 43; Froehlich und Wagner BB 54, 695; Franke Betr. 54, 306; Natzel Betr. 57, 1021; Bergmann NJW 53, 83; Valenthin Anm. zu SAE 1957 Nr. 102; Butz Betr. 55, 1041; Schmidt in Grosskomm. § 86 Anm. 4 b; Sahmer § 76 Anm. 23; Goebel S. 158, 159; Bobrowski-Gaul S. 500; Groothoff S. 103 ff. für § 76 VI und § 77; Galperin § 77 Anm. 2 a für Familiengesellschaften; vgl. auch Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a.

36) Beschluss v. 24.5.1957 - 1 ABR 4/56 = AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG und Beschluss v. 24.5.1957 - 1 ABR 8/56 = AP Nr. 7 zu § 92 ArbGG = Nr. 8 zu § 76 BetrVG. Weitere Fundstellen im Literaturverzeichnis.

ein auf Gegenseitigkeit. In den Gründen des ersten Beschlusses wird auch für herrschende Unternehmen in Form einer GmbH eine Zusammenrechnung der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen ausdrücklich abgelehnt. Der Beschluss 1 ABR 4/56 stützt sich auf folgende Argumente:

§ 76 IV BetrVG gebe den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen nur ein Recht zur Teilnahme an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, wenn eine solche Wahl stattefinde. Er erweitere den für die Wahlen zum herrschenden Unternehmens eines Konzerns massgeblichen Wählerkreis, indem er auch den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen ein Recht zur Teilnahme an der Wahl gebe. § 76 IV setze jedoch voraus, dass bereits beim herrschenden Unternehmen ein tauglicher Wahlkörper vorhanden sei; denn die Erweiterung eines nicht vorhandenen Wahlkörpers sei begrifflich nicht möglich. Die Wahlhandlung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen sei nur ein "Teil" der Wahl der Arbeitnehmer der Muttergesellschaft. Falls diese Wahl nicht durchgeführt werden könne, weil es am Vorhandensein wahlfähiger Arbeitnehmer der Muttergesellschaft fehle, so könne von einer "Teilnahme" an einer solchen Wahl nicht mehr gesprochen werden.

Diese Auslegung des § 76 IV BetrVG ergebe sich aus dem Wortlaut, insbesondere dem Gebrauch des Wortes "auch" und aus der Stellung der Vorschrift im Gesamtgefüge des § 76.

Das BAG hat auch geprüft, ob eine rechtsergänzende oder rechtsfortbildende Auslegung des § 76 IV möglich sei, hat dies jedoch verneint.

Eine Fortbildung und Erweiterung des § 76 IV BetrVG wäre nach Meinung des BAG zu erwägen, wenn in unserem Recht bereits Ansätze für eine solche Entwicklung vorhanden wären, d. h. wenn den Arbeitnehmern abhängiger Unternehmen grundsätzlich Mitbestimmungsrechte im herrschenden Unternehmen zuständen. - Dies sei jedoch nicht der Fall. Wenn das herrschende Unternehmen eine Einzelfirma, eine Personalgesellschaft oder eine GmbH mit nicht mehr als 500 Arbeitnehmern sei, gebe es keine Mitbestimmung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen durch Wahl von Vertretern in die Organe des herrschenden Unternehmens.

Angesichts dieser Rechtslage sei eine rechtsfortbildende Auslegung des § 76 IV BetrVG nicht zwangsläufig aus dem Wesen der Mitbestimmung zu erklären, sondern würde dazu führen, dass lediglich auf einem vom Gesetzgeber bisher nicht geregelten Teilgebiet die Mitbestimmung durch Wahl von Arbeitnehmervertretern seitens der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen eingeführt würde. - Eine derartige Ausdehnung des Mitbestimmungsrechts über den bisherigen Rahmen hinaus sei Sache des Gesetzgebers. Dem Gericht, das von dem geltenden Recht auszugehen und dieses anzuwenden habe, sei angesichts des Grundsatzes von der Trennung der Gewalten eine solche Möglichkeit nicht gegeben.

Das BAG will dem herrschenden Unternehmen die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen aber als eigene zurechnen, "wenn beim herrschenden Unternehmen ungeachtet einer bestehenden wirtschaftlichen und betrieblichen Notwendigkeit Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden, obwohl ein verständiger Arbeitgeber angesichts des Ausmasses der anfallenden Arbeit solche beschäftigen würde, insbesondere aber dann, wenn eine Beschäftigung in Umgehungsabsicht unterbleibt."

2) Für Einrechnung der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen.

Die Autoren, welche dafür eintreten, dass bei der Prüfung der für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns massgeblichen Arbeitnehmerzahl die Belegschaften aller Konzernunternehmen zusammenzuzählen seien 37), lassen verschiedentlich eine genaue Begründung, insbes. aber eine eingehende Auseinandersetzung mit den für die Gegenmeinung vorgetragenen Argumenten vermissen 38).

Für die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des gesamten Konzerns werden im wesentlichen folgende Gesichtspunkte angeführt:

a) Wortlaut.

aa) §§ 76 Abs. VI und 77 BetrVG.

Während im allgemeinen selbst die Befürworter einer "Zusammenrechnung" einräumen, dass der Wortlaut der §§ 76 VI und 77 eigentlich gegen ihre Ansicht spricht 39), glaubt Galperin 40), dass der Wortlaut des § 77 die Berücksichtigung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen keineswegs ausschliesse; es werde nämlich lediglich von einer "GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern" gesprochen,

- 37) Dietz § 76 Anm. 57 a, § 77 Anm. 5; Festschrift S. 693 ff (ausführlich); MitbR S. 11 und 16; Fi-Kr § 76 Anm. 79, 80, § 77 Anm. 3; Galperin § 76 Anm. 14 a, 15, § 77 Anm. 2; Bührig § 76 Anm. 24; Meissinger § 76 Anm. 9; Rasch S. 133; Eberl S. 105 ff; Schmidt NJW 52, 1356; Schmidt in Hachenburg Anh. I zu § 52 Anm. 4 für die GmbH, anders Schmidt in Grosskomm. § 86 Anm. 4 b für die AG; Neumann-Duesberg ZHR 118, 46 ff; Schilling RdA 54, 445; v. Winterfeld ArbuR 56, 202; Radke ArbuR 58, 166; Fitting AR-Blattei 11 D XV A I; Goerdeler BB 57, 936; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a für organschaftlich beherrschte Unternehmen; Nipperdey Lehrbuch II S. 888 Anm. 23 für eine herrschende AG, anders aaO S. 884 Anm. 6 für Familiengesellschaften und S. 904 für eine herrschende GmbH; Maus § 76 Anm. 5, anders § 77 Anm. 6 für die GmbH; Kunze ArbuR 58, 294
- 38) vgl. Neumann-Duesberg aaO S. 44, der selbst auf die Argumente Huecks ausführlich eingeht.
- 39) Neumann-Duesberg aaO S. 46; Schmidt in Hachenburg § 52 Anh. I Anm. 4; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a (S. 96)
- 40) § 77 Anm. 2 a; ähnlich Kötter aaO S. 97, vgl. unten f

ohne dass eine Beschäftigung dieser Arbeitnehmer im Unternehmen der GmbH gefordert werde, wie etwa nach § 76 VI bei den Familiengesellschaften.

bb) Verweisung auf § 76 IV.

§ 77 Abs. 1 BetrVG scheine seinem Wortlaut nach nur bezüglich der Zusammensetzung, Rechte und Pflichten eines etwa zu bildenden Aufsichtsrates auf § 76 BetrVG zu verweisen. Dies erkläre sich aber daraus, dass § 77 Abs. 1 in erster Linie auf eine Reihe von Vorschriften des AktG Bezug nehme, die lediglich für die Zusammensetzung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates in Frage kämen. Der systematische Zusammenhang des § 77 Abs. 1 mit § 77 Abs. 3, der auf § 76 BetrVG ohne Einschränkung verweise, erlaube es jedoch, auch in § 77 Abs. 1 eine uneingeschränkte Verweisung auf § 76 BetrVG zu sehen 41).

cc) Wortlaut des § 76 IV BetrVG.

Die von Hueck, dem BAG und anderen vorgeschlagenen Auslegung des § 76 IV in dem Sinne, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen nur dann an der Wahl zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens teilnehmen könnten, falls beim herrschenden Unternehmen eine Wahl stattfinde, sei eine rein formale Wortinterpretation 42).

Mit dieser engen Deutung sei der Sinn des Wortes teilnehmen noch nicht erschöpft. Teilnehmen heiße nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch "zusammen mit anderen etwas tun". Es reiche demnach aus, wenn in dem herrschenden Unternehmen und den abhängigen Unternehmen zusammen so viele Arbeitnehmer vorhanden seien, dass bei Zusammenzählung aller Arbeitnehmer eine Wahl möglich sei. Wie die Arbeitnehmer auf die einzelnen Unternehmen verteilt seien, sei nicht entscheidend 43).

Eberl aaO meint deshalb, dass schon der Wortlaut des § 76 IV eine Zusammenzählung aller Arbeitnehmer des Konzerns erlaube, wenn das herrschende Unternehmen wenigstens einen aktiv oder passiv wahlberechtigten Arbeitnehmer beschäftige.

Noch weiter geht Radke 44): Die Wahlhandlung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen sei nicht nur ein Teil der Wahl der Arbeitnehmer der Muttergesellschaft, sondern gleichberechtigte Teilnahme. § 76 IV erweitere für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns den Wahlkörper, aber nicht dadurch, dass ihm ein sekundärer Teil (die Wahlkörper der abhängigen Unternehmen) angegliedert werde, sondern indem er den einzelnen Arbeitnehmern

41) Neumann-Duesberg aaO S. 46

42) Neumann-Duesberg aaO S. 46; Goerdeler BB 57, 936; Schmidt in Hachenburg Anh. I zu § 52 Anm. 4

43) Eberl S. 106 ff.

44) Radke ArbuR 58, 167

der abhängigen Unternehmen das aktive und passive Wahlrecht verleihe. Folglich sei - selbst wenn das herrschende Unternehmen gar keine Arbeitnehmer aufweise - ein tauglicher Wahlkörper vorhanden, wenn die abhängigen Unternehmen eine den Mindestvoraussetzungen der §§ 76, 77 BetrVG entsprechende Zahl von Arbeitnehmern beschäftigten.

Auch Galperin lehnt die vom BAG vertretene Auslegung des Wortes "teilnehmen" ab 45).

b) Entstehungsgeschichte.

Für die Berücksichtigung der Arbeitnehmerschaft des Gesamtkonzerns sprechen nach Meinung einiger Autoren auch verschiedene Vorgänge bei der Schaffung der §§ 76, 77 BetrVG. Radke 46) und v. Köhler 47) weisen auf einen Ausschussbericht Fitting-Kraegeloh 48) auf die Äusserung eines Abgeordneten hin:

Im schriftlichen Bericht des Ausschusses für Arbeit 49) heisst es:

"Eine Sonderbestimmung ist vorgesehen für die Wahl von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens. In diesem Fall ist die Wahlberechtigung nicht auf die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens beschränkt, sondern erstreckt sich auf die Arbeitnehmer sämtlicher Unternehmen, da die Tätigkeit des Aufsichtsrates des herrschenden Unternehmens auch von wesentlicher Bedeutung für die Gestaltung des Schicksals des abhängigen Unternehmens ist."

Der als Mitarbeiter am massgeblichen Entwurf der CDU/CSU beteiligte Abgeordnete Dr. Schröder hat in einer Grundsatzdiskussion mit Vertretern der Opposition ausgeführt, "dass es jedoch erforderlich sei, in den Aufsichtsräten der in Form einer GmbH geführten Obergesellschaften für die Vertretung der Arbeitnehmer dafür Sorge zu tragen, dass bei der Feststellung der Beschäftigtenzahl auch die Zahl der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen mit zu berücksichtigen sei" 50).

c) Innerer Zusammenhang.

Auch der innere Zusammenhang des Problems der Mindestzahl mit der Frage des Teilnahmerechts der Arbeitnehmer im allgemeinen lege es nahe, bei der Feststellung der massgeblichen Mindestzahl von der Belegschaft des Gesamtkonzerns auszugehen.

45) § 77 Anm. 2

46) ArbUR 58, 167

47) BB 53, 562

48) § 76 Anm. 79

49) Verh. des Deutschen Bundestages, 1. Wahlperiode 1949 Bd. 12, S. 10024 = BT-Drucksache Nr. 3585 S. 17, zitiert n. Radke u. v. Köhler aaO; = RdA 52, 281 ff.

50) Protokoll Nr. 21 d. Arbeitskreises S. 5 u. 6, zit. n. Fi-Kr. aaO

aa) Die Berücksichtigung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei einer stattfindenden Wahl, lasse es willkürlich erscheinen, wenn man sie bei der Prüfung der Voraussetzungen der Wahl völlig ausser Betracht lasse 51).

bb) Da auch die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens das uneingeschränkte aktive und passive Wahlrecht hätten, sei es sinnwidrig, sie bei der Feststellung der für die Arbeitnehmerbeteiligung, bzw. Aufsichtsratspflicht erforderlichen Arbeitnehmerzahl nicht zu berücksichtigen 52).

Die Stimmen der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens fielen, wenn es sich um eine Dach- oder Holdinggesellschaft handle, ohnehin kaum jemals ins Gewicht. Wenn in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens also doch keine Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens gewählt würden, sei nicht einzusehen, warum man die Wahl davon abhängig machen sollte, dass auch das herrschende Unternehmen eigene Arbeitnehmer beschäftige 53).

d) "Konzernerinheit" auf anderen Gebieten.

Auch auf anderen Rechtsgebieten habe man erkannt, dass man beim Konzern nicht schematisch auf die rechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Unternehmen abstellen könne, wenn ihr nicht auch die wirtschaftliche Selbstständigkeit entspreche. 54)

aa) Die für die Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG empfohlene "Einheitsbetrachtung" sei z.B. im Einklang mit dem modernen Gesellschaftsrecht. Das moderne Gesellschaftsrecht trage der Diskrepanz zwischen der rechtlichen Selbstständigkeit und der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit der Konzernunternehmen Rechnung. Insbesondere werde heute eine Haftung der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft bejaht. Ober- und Untergesellschaft würden also nicht isoliert behandelt. Darum dürfe die formale rechtliche Selbstständigkeit der Konzernunternehmen erst recht in Fragen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer kein Hindernis für eine Einheitsbetrachtung sein 55).

bb) Nach dem MitbErgG ist der Aufsichtsrat eines herrschenden Unternehmens, das die Voraussetzungen des § 3 MitbErgG erfüllt, auch dann paritätisch mit Vertretern der Arbeitnehmer zu besetzen, wenn das herrschende Unternehmen keine Arbeitnehmer beschäftigt. - Falls der Unternehmenszweck des Konzerns sich in der Weise ändert, dass für das herrschende Unternehmen gem. §§ 3, 4, 14 MitbErgG künftig das BetrVG gilt, kann es - folgt man der Ansicht Huecks und des BAG - geschehen,

51) Galperin § 77 Anm. 2 a

52) Fi-Kr § 76 Anm. 80; v. Winterfeld ArbuR 56, 202

53) Eberl S. 108 f.

54) Neumann-Duesberg aaO S. 53

55) Neumann-Duesberg/aaO

dass mit der Änderung des massgeblichen Umsatzverhältnisses nicht nur die paritätische Beteiligung der Arbeitnehmer, sondern ihre Beteiligung überhaupt entfällt, wenn das herrschende Unternehmen für sich allein genommen nicht die nach dem BetrVG erforderliche Mindestzahl von Arbeitnehmern beschäftigt. Dieses Ergebnis sei systemwidrig und unbillig; es widerspreche dem Sinn des Mitbestimmungsrechts soweit es als Komplex zu betrachten sei 56).

cc) Aus § 31 der als "Erste Rechtsverordnung zur Durchführung des BetrVG" erlassenen Wahlordnung ergibt sich, dass Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat auch dann gewählt werden können, wenn ein Betriebsrat nicht vorhanden ist. Dieser Vorschrift glaubt v. Köhler 57) ohne nähere Begründung entnehmen zu können, dass für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens alle Arbeitnehmer des Konzerns zusammenzurechnen seien.

Sein Gedankengang ist wohl folgender:

Auch wenn in einem Unternehmen kein Betriebsrat vorhanden ist, kann eine Wahl von Arbeitnehmervertretern für den Aufsichtsrat stattfinden. - Ein Betriebsrat braucht nicht gebildet zu werden, wenn in einem Betrieb weniger als fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind. - Auch eine Wahl von Arbeitnehmervertretern für den Aufsichtsrat setzt voraus, dass das Unternehmen mindestens fünf ständige wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt. - Wenn § 31 WO vorsieht, dass eine Wahl auch stattfindet, obwohl kein Betriebsrat besteht, "also" auch, wenn ein Unternehmen weniger als fünf Arbeitnehmer beschäftigt, dann kann damit nur gemeint sein, dass in diesen Fällen die Wahl unter gleichberechtigter Teilnahme der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen zu erfolgen hat.

e) Sinn und Zweck des Gesetzes.

Das stärkste Argument für die Einrechnung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen glaubt man dem Sinn und Zweck der §§ 76, 77 BetrVG, insbesondere des § 76 IV entnehmen zu können. Besonders eingehend sind diesbezüglich die Ausführungen von Dietz 58).

Die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat sei eine besondere Form der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Fragen. Wirtschaftlich gesehen sei ein Konzern eine Einheit. Um die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat nicht an der juristischen Aufsplitterung des Konzerns in selbständige Unternehmen scheitern zu lassen, sei es das Anliegen des Gesetzes, in § 76 IV die wirtschaftliche Einheit des Konzerns gegenüber der rechtstechnischen Aufteilung in selbständige juristische Personen hervortreten zu lassen 59).

56) Radke ArbuR 58, 168

57) BB 53, 562

58) Festschrift S. 693 ff, MitbR S. 11 ff.

59) Dietz aaO S. 697 bzw. 16 f. und § 76 Anm. 57; Galperin § 77 Anm. 2 a

Innerhalb eines Konzerns liege die entscheidende unternehmerische Leitung aller Konzernunternehmen bei der herrschenden Gesellschaft 60). Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens sei sozusagen der "Brennpunkt des konzerneinheitlichen Mitbestimmungsrechts" 61). Deshalb wolle das Gesetz alle Arbeitnehmer des Konzerns am Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gleichmässig beteiligen 62). Das führe notwendig dazu, die Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen denen des herrschenden in jeder Beziehung gleichzustellen 63). Gesellschaftsrechtliche Erwägungen könnten dieses Ergebnis nicht beeinflussen. Die in den §§ 76, 77 BetrVG getroffenen Regelungen entsprängen ausschliesslich arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Überlegungen 64). Ein Beteiligungsrecht sei den Arbeitnehmern in erster Linie im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaften gewährt worden, und zwar deshalb, weil bei der AG die Trennung zwischen Eigentümer- und Unternehmerfunktion am weitesten fortgeschritten sei und das Unternehmen der AG als solches eigenes Gewicht habe. Bei anderen Gesellschaftsformen, etwa bei der GmbH, aber auch bei Familiengesellschaften, sei diese Erscheinung nicht typisch. Auch Familiengesellschaften und Gesellschaften mbH sollten von der Beteiligungspflicht aber dann nicht ausgenommen werden, wenn ihr sozialpolitisches Gewicht zu gross werde. Dabei könne es aber nur auf das sozialpolitische Gewicht der wirtschaftlichen Einheit Konzern ankommen. Die Aufsplitterung in abhängige Gesellschaften müsse man unberücksichtigt lassen 65).

f) Aushöhlung und Umgehung des Beteiligungsrechts.

Die Meinung, dass es bezüglich der Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens allein auf die Verhältnisse des herrschenden Unternehmens ankomme, führe zu einer Aushöhlung des Mitbestimmungsrechts durch Gründung von Holdinggesellschaften 66).

Ob eine Holdinggesellschaft Arbeitnehmer beschäftige, hänge oft vom Zufall ab. Man könne die anfallende Arbeit z.B. durch Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen erledigen lassen oder die erforderlichen Arbeitnehmer etwa als Privatangestellte der Direktoren bezeichnen. Die Nichtberücksichtigung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen öffne deshalb Tür und Tor für mannigfache, meist nur schwer nachweisbare Umgehungen des Gesetzes 67).

60) Rasch S. 134; Dietz aaO S. 698 bzw. 16 f; Eberl S. 106 ff.

61) Neumann-Duesberg aaO S. 51

62) Dietz aaO S. 698 ff. bzw. S. 16 f; ähnlich Rasch, Neumann-Duesberg und Eberl aaO

63) Dietz aaO S. 698 ff.

64) Dietz aaO S. 695, 697; ähnlich Galperin § 77 Anm. 2 a

65) Dietz aaO S. 699 f. bzw. S. 19

66) v. Köhler BB 53, 563; Galperin § 77 Anm. 2 a

67) Eberl S. 109

In diesem Zusammenhang sei noch auf die Ausführungen Kötters 68) zum Problem der Mindestzahl hingewiesen:

Während die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns im allgemeinen aus der von Sinn- und Zweckerwägungen bestimmten Auslegung des § 76 IV BetrVG hergeleitet wird, meint Kötter, dass die Auslegung des § 76 IV für diese Frage nicht wesentlich sei 69). Ob die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden könnten, hänge von dem Grad der Beherrschung ab, den das herrschende Unternehmen auszuüben in der Lage sei. Das Bestehen eines Herrschaftsverhältnisses im Sinne des § 15 AktG rechtfertige es noch nicht, die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden zuzurechnen, weil es noch nicht zu einer Aushöhlung der Rechte der Arbeitnehmer führe. Anders sei es jedoch, wenn eine Obergesellschaft die Untergesellschaften organschaftlich beherrsche. Organschaftlich beherrschte Unternehmen seien deshalb mit bestimmungsrechtlich als mit dem herrschenden Unternehmen identisch anzusehen. Ihre Arbeitnehmer seien dem herrschenden Unternehmen als eigene zuzurechnen. Diese an der wirtschaftlichen Identität orientierte Auslegung werde genau besehen auch durch den Gesetzeswortlaut vollkommen gedeckt.

II. Eigene Stellungnahme.

1) Allgemeines.

Bei der Frage, ob man die in den abhängigen Unternehmen eines Konzerns beschäftigten Arbeitnehmer der Arbeitnehmerzahl des herrschenden Unternehmens zurechnen kann oder nicht, geht es um das Problem, inwieweit man Unternehmen, die juristisch selbständig sind, wirtschaftlich aber eine Einheit bilden, trotz ihrer juristischen Selbständigkeit auch rechtlich in gewisser Beziehung als Einheit behandeln kann.

Die Rechtsform des herrschenden Unternehmens ist hierbei eigentlich nur am Rande von Bedeutung. Konsequenterweise kann man die Frage nur einheitlich beantworten gleichgültig, ob das herrschende Unternehmen eine AG, KGaA, eine Familiengesellschaft in Form einer AG, eine GmbH, bergrechtliche Gewerkschaft, eine Genossenschaft oder ein Versicherungsverein ist. Im Schrifttum zu den §§ 76, 77 BetrVG wird dementsprechend die Frage nach der Zurechenbarkeit der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen im allgemeinen einheitlich entweder bejaht oder verneint. Soweit einzelne Autoren 70) die Frage je nach der Rechtsform des herrschenden Unternehmens unterschiedlich beantworten, beruht dies wohl nur auf einem Versehen. Jedenfalls werden die vorgeschlagenen Differenzierungen durchweg nicht begründet.

68) MitbErgG § 14 Anm. 4 a

69) ähnlich aber nicht eindeutig Dietz aaO S. 697

70) vgl. oben Anm. 35 und 37

Im folgenden soll eine Lösung des Problems durch einheitliche Betrachtung der Gesamtregelung der §§ 76, 77 BetrVG versucht werden. Die einzelnen Vorschriften sind nämlich ohnehin nicht ganz eindeutig. In manchen Bestimmungen scheint der Wille des Gesetzgebers jedoch klarer als in anderen zum Ausdruck zu kommen. Eine umfassende Betrachtung erscheint deshalb besser geeignet, zur richtigen Auslegung der gesamten Regelung zu führen als die einseitige Hervorhebung gewisser, nur einzelne Gesellschaften betreffender Bestimmungen.

2) Wortlaut.

a) § 77 und § 76 Abs. 6 BetrVG.

§ 77 BetrVG nennt als Voraussetzung für die Verpflichtung zur Bildung eines Aufsichtsrates, bzw. einer Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat, eine GmbH, bergrechtliche Gewerkschaft etc. "mit mehr als 500 Arbeitnehmern". Im Gegensatz zu § 76 Abs. 6 wird bei § 77 nicht ausdrücklich gesagt, dass diese Arbeitnehmer bei der in Frage stehenden Gesellschaft beschäftigt sein müssen; bei unbefangener Betrachtung muss man aber annehmen, dass beide Vorschriften im gleichen Sinne auszulegen sind. Auch der Passus "GmbH etc. mit mehr als 500 Arbeitnehmern" kann nur so verstanden werden, dass die GmbH etc. mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigen muss. Die gegenteilige Ansicht Galperins 71) wirkt sehr gesucht.

Ein Unternehmen, das selbst weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, wird auch dann nicht zu einem Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern, wenn es herrschende Unternehmen eines Konzerns ist, in dessen Unternehmen insgesamt mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt sind. Dies gilt unabhängig vom Grade der Beherrschung den das herrschende Unternehmen ausübt, bzw. auszuüben in der Lage ist, also auch dann, wenn die abhängigen Unternehmen organschaftlich beherrscht werden 72). Die gegenteilige Ansicht Kötters 73) kann nicht überzeugen; auf keinen Fall aber lässt sie sich mit dem Wortlaut des § 77 BetrVG vereinbaren. Die Meinung Kötters läuft auf eine Wiederbelebung der Einheitstheorie hinaus. Diese Lehre, wonach ein Konzern auch rechtlich als ein Unternehmen zu behandeln war, ist im Gesellschaftsrecht jedoch längst und endgültig aufgegeben worden 74), und zwar auch bezüglich organschaftlich beherrschter Unternehmen 75). Sie ist auch in Fragen der Mitbestimmung nicht berechtigt. Auch bei der Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG können das herrschende und die abhängigen Unternehmen nicht als identisch behandelt werden. Dies ergibt sich unmittelbar aus dem BetrVG:

71) § 77 Anm. 2 a, ähnlich Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a

72) Ebenso Franke Betr. 54, 306

73) aaO

74) vgl. oben S. 23

75) vgl. BGH 22, 234

§ 76 IV BetrVG lässt klar erkennen, dass der Gesetzgeber die Betriebe und Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen nicht als Betriebe und Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens ansieht. Wenn es so wäre, dass abhängige Unternehmen als mit dem herrschenden Unternehmen identisch behandelt werden könnten, wäre die Vorschrift des § 76 IV überflüssig 76).

Kötter will offenbar einzelne Grundgedanken des MitbErgG auf das BetrVG übertragen. Dabei zeigt aber gerade der Erlass des MitbErgG, dass auch organschaftlich beherrschte Unternehmen nicht ohne weiteres als mit dem herrschenden Unternehmen identisch angesehen werden können, sondern dass erst eine ausdrückliche Regelung des Gesetzgebers es rechtfertigt, Konzerne in gewissem Umfang auch rechtlich als Einheit zu behandeln.

Aus all dem folgt:

Unabhängig davon, dass Konzerne wirtschaftlich eine Einheit bilden, und unabhängig vom Grade der Beherrschung, den das herrschende Unternehmen ausübt, bzw. auszuüben in der Lage ist, hat der Gesetzgeber daran festgehalten, dass die einzelnen Konzernunternehmen auch mitbestimmungsrechtlich selbständig sind. Wenn in den §§ 77 und 76 Abs. 6 die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat von der Grösse der Belegschaft abhängig gemacht ist, kann damit immer nur die Zahl der bei den einzelnen Unternehmen unmittelbar beschäftigten Arbeitnehmer gemeint sein. Die Einbeziehung auch der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen lässt sich allenfalls aus § 76 IV BetrVG herleiten.

b) Verweisung auf § 76 IV.

Für Aktiengesellschaften - von den Familiengesellschaften zunächst einmal abgesehen - gilt § 76 IV, ohne dass es einer besonderen Verweisung bedarf. Auf die in § 77 genannten Gesellschaften ist § 76 IV jedoch nur anwendbar, soweit das im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist.

§ 77 Abs. 1 verweist - jedenfalls seinem Wortlaut nach - nicht uneingeschränkt, sondern nur bezüglich der Zusammensetzung, Rechte und Pflichten eines etwa zu bildenden Aufsichtsrates auf § 76. Die Frage, ob die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen bei der Feststellung der für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens erforderlichen Mindestzahl von Arbeitnehmern mitzuzählen sind, betrifft jedoch nicht die Zusammensetzung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates, sondern die Voraussetzungen, unter denen er zu bilden ist.

Da die Absätze 2 und 3 des § 77 uneingeschränkt auf § 76 verweisen, glaubt Neumann-Duesberg 77), man könne auch in § 77 Abs. 1 eine uneingeschränkte Verweisung auf § 76 sehen. - Diese Ansicht erscheint zunächst einleuchtend. Bei näherer

76) vgl. Loos BB 53, 951; Kretschmar BB 52, 861; Erdmann § 76 Anm. 26 m. w. N.

77) aaO S. 46

Prüfung verliert sie jedoch viel an Gewicht:

Neumann-Duesberg übersieht nämlich, dass zwischen § 77 Abs. 1 einerseits und § 77 Abs. 2 und 3 andererseits ein wichtiger Unterschied besteht:

Eine GmbH oder bergrechtliche Gewerkschaft braucht an sich keinen Aufsichtsrat zu bilden. Sie wird erst aufsichtsratspflichtig, wenn sie die Voraussetzungen des § 77 Abs. 1 BetrVG erfüllt, d.h., wenn sie mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Für die Aufsichtsratspflicht einer Genossenschaft oder eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit spielt das BetrVG dagegen keine Rolle. Genossenschaften müssen immer einen Aufsichtsrat bilden, Versicherungsvereine in der Regel. Eine Ausnahme gilt für solche Vereine, die bestimmungsgemäss einen sachlich, örtlich oder dem Personenkreis nach eng begrenzten Wirkungskreis haben. Ob das der Fall ist, entscheidet die Aufsichtsbehörde 78).

Es ist also nicht so, dass die Absätze 2 und 3 des § 77 auch bezüglich der Voraussetzungen der Aufsichtsratspflicht auf § 76 verweisen, und dass der Wortlaut des § 77 Abs. 1 die Verweisung auf § 76 nur scheinbar einschränkt, sondern es liegt gerade umgekehrt so, dass auch die Absätze 2 und 3 des § 77, trotzdem sie auf § 76 uneingeschränkt Bezug zu nehmen scheinen, eigentlich ebenfalls nur eine Verweisung bezüglich der Zusammensetzung, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates darstellen. Denn die Voraussetzungen für die Bildung eines Aufsichtsrates bestimmen sich für Genossenschaften allein nach dem Genossenschaftsgesetz, für Versicherungsvereine nach dem Gesetz über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmungen und Bausparkassen (VAG).

Aus der Gesamtregelung des § 77 BetrVG muss man deshalb schliessen, dass zunächst stets zu prüfen ist, ob eine GmbH, bergrechtliche Gewerkschaft oder Genossenschaft mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, bzw. ob ein Versicherungsverein mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt und einen Aufsichtsrat aufweist 79). Erst wenn diese Voraussetzungen vorliegen, "findet § 76 BetrVG Anwendung". Erst dann kann es auf die Auslegung des § 76 IV ankommen.

Diese Deutung des § 77 entspricht der ausdrücklichen Regelung des § 76 Abs. 6 BetrVG. Hier wird eindeutig bestimmt, dass die Vorschriften über die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat keine Anwendung finden, wenn eine Familiengesellschaft weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt. Das heisst mit anderen Worten: Wenn nicht schon die Familiengesellschaft selbst mindestens 500 Arbeitnehmer be-

78) Vgl. §§ 9 Abs. 1 GenG, 35 und 53 VAG, sowie Finke Bd. 1 Spalte 147 f und 762 ff.

79) Für Versicherungsvereine wie hier Nipperdey Lehrbuch II S. 903 Anm. 72 und Maus § 77 Anm. 14. A.A. Dietz § 77 Anm. 19. Dietz will die "kleinen" Vereine von der Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG anscheinend ganz ausnehmen.

schäftigt, ist § 76 BetrVG unanwendbar. Die Frage nach der Auslegung des § 76 IV kann dann gar nicht erst gestellt werden.

c) § 76 IV BetrVG.

Nach dem ersten Eindruck wird ein unbefangener Leser den § 76 IV wohl im Sinne der von Hueck und dem BAG vertretenen Meinung auffassen. Insbesondere der Gebrauch des Wortes "auch" deutet, wie das BAG zu Recht betont, darauf hin, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen an der Wahl zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nur dann zu beteiligen sind, wenn eine solche Wahl stattfindet.

Man muss den Vertretern der Gegenmeinung jedoch zubilligen, dass der Wortlaut des § 76 IV, für sich allein betrachtet, nicht völlig eindeutig ist. Er liesse durchaus die Möglichkeit offen, dass schon bezüglich der Voraussetzungen der Wahl auch die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen mit in Betracht zu ziehen seien.

Dies wird deutlich, wenn man sich den § 76 Abs. 4 S. 1 an eine andere Stelle versetzt denkt und sich etwa vorstellt, dass § 76 Abs. 4 S. 1 als Satz 2 in § 76 Abs. 6 oder § 77 Abs. 1, 2 oder 3 stände.

Die Vorschrift über die Teilnahme der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen steht aber nun eben gerade nicht bei § 76 Abs. 6 oder § 77, wo die Frage der Einbeziehung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen besonders bedeutsam ist, sondern an einer Stelle, wo zunächst niemand daran denkt, die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen deshalb mitzuzählen, um die Wahl überhaupt erst zu ermöglichen, bzw. die Aufsichtsratspflicht oder die Verpflichtung zur Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat zu begründen. Denn eine AG hat normalerweise eine grössere Zahl von Arbeitnehmern und kraft zwingender Vorschrift des § 86 AktG immer einen Aufsichtsrat 80).

Wenn der Gesetzgeber die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen denen des herrschenden Unternehmens bezüglich der Wahlberechtigung zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens wirklich hätte völlig gleichstellen wollen, hätte er diese Absicht sicher klarer zum Ausdruck gebracht und vor allem bei den §§ 76 VI und 77 hervorgehoben.

Weil das nicht geschehen ist, muss man annehmen, dass § 76 IV den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen nur ein unselbständiges Teilnahmerecht geben wollte, und zwar auch dann, wenn das herrschende Unternehmen eine AG ist. Denn es nicht einzusehen, warum einer herrschenden AG die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen als eigene zuzurechnen sein sollten, einer herrschenden GmbH dagegen nicht. Alle Umstände, die sich aus der verschiedenen gesellschafts-

80) Vgl. Dietz Festschrift S. 698

rechtlichen Struktur der AG, bzw. GmbH oder anderer Gesellschaftsformen ergeben, können weder für noch gegen die Zurechenbarkeit ins Feld geführt werden, weil sie auch für einstufige Unternehmen gelten und vom Gesetzgeber offenbar in Kauf genommen werden.

3) Entstehungsgeschichte.

Die Entstehungsgeschichte der §§ 76, 77 BetrVG ergibt keine Anhaltspunkte für die Entscheidung der hier behandelten Streitfrage in dem einen oder anderen Sinn 81).

Der Schriftliche Bericht des Ausschusses für Arbeit 82) besagt nur, dass die Wahlberechtigung auch auf die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen erstreckt werden soll. Er bringt aber in keiner Weise zum Ausdruck, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen auch dann wahlberechtigt sein sollen, wenn bei dem herrschenden Unternehmen nach seinen Verhältnissen gar keine Wahl stattzufinden hat.

Die Äusserung des Abgeordneten Dr. Schröder ist für die Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG nicht massgeblich, da sie im Gesetz jedenfalls keinen Ausdruck gefunden hat 83).

Bei der Schaffung der §§ 76, 77 fanden zahlreiche Diskussionen statt, es wurden verschiedene, zum Teil von einander stark abweichende Vorschläge für die Regelung der Mitbestimmung der Arbeitnehmer unterbreitet. So forderte etwa die parlamentarische Opposition paritätische Mitbestimmung der Arbeitnehmer in allen grossen Unternehmen, unabhängig von deren Rechtsform, sowie verstärkten Einfluss der Gewerkschaften 84).

Die §§ 76, 77 BetrVG in ihrer heutigen Form stellen einen Kompromiss dar. Bei der Auslegung einer Kompromissregelung muss man sich - das liegt in der Natur der Sache - eng an den endgültigen Wortlaut halten. Es geht nicht an, dass man schliesslich doch wieder auf die vorausgegangenen Diskussionen zurückgreift.

4) Innerer Zusammenhang des Problems der Zurechenbarkeit mit der Gesamtregelung der §§ 76, 77 BetrVG.

Der Schluss, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen schon bei der Frage, ob eine Wahl von Arbeitnehmervertretern stattfinden müsse, zu berücksichtigen seien, da sie, falls eine Wahl stattfinde, teilnahmeberechtigt seien, hat zwar einiges für sich, ist aber nicht zwingend. Denn auch das Recht zur blossen

81) Neumann-Duesberg aaO S. 47

82) vgl. oben S. 80

83) vgl. oben S. 80; Hueck BB 53, 326; Neumann-Duesberg aaO S. 47

84) Sabel RdA 52, 281; Erdmann BetrVG Vorbem. zum 5. Abschnitt; Flume Betr. 52, 513; Bührig S. 193; Betr. 50, 264

Mitbeteiligung hat seinen guten Sinn. Es gewährleistet, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens - wenn solche gewählt werden - vom Vertrauen aller Arbeitnehmer des Konzerns getragen werden, bzw. abhängig sind, und gibt so den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen einen unmittelbaren Einfluss auf den unter Umständen auch für sie wichtigen Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens. Diese Überlegungen rechtfertigen es aber noch nicht ohne weiteres, dass nur im Interesse der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen beim herrschenden Unternehmen ein Aufsichtsrat gebildet, bzw. auch mit Arbeitnehmervertretern besetzt wird. Jedenfalls kann man in dieser Frage sehr geteilter Meinung sein.

Ähnliches gilt bezüglich der Ansicht, die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen seien deshalb bei der Ermittlung der für die Wahl von Arbeitnehmervertretern im herrschenden Unternehmen erforderlichen Mindestzahl mitzuzählen, weil sie - falls eine Wahl stattfindet - volles aktives und passives Wahlrecht hätten. Denn auch die Frage des passiven Wahlrechts der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens ist ausserordentlich umstritten und der Wortlaut des Gesetzes spricht wohl eher gegen die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen.

An dieser Stelle soll auf die Zweckmässigkeit einer völligen Gleichstellung aller Arbeitnehmer des Konzerns nicht näher eingegangen werden. Die beiden oben genannten Argumente für die Zurechenbarkeit der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen sind schon deswegen abzulehnen, weil eine derart wichtige und umstrittene Frage wie das Problem der für die Wahlen zum Aufsichtsrat eines herrschenden Unternehmens massgeblichen Mindestzahl von Arbeitnehmern nicht lediglich auf Umwegen, gestützt auf ebenfalls bestrittene Prämissen entschieden werden kann.

Dies gilt umso mehr, da eine solche "Einheitsbetrachtung des Konzerns" etwas völlig Neues darstellen würde.

5) Konzerneinheit auf anderen Gebieten?

Auch in anderen Rechtsgebieten werden Konzerne nicht oder nur in ganz engen Grenzen als einheitliche Unternehmen behandelt. - Dies sei am Beispiel des für die Entscheidung der hier behandelten Streitfrage besonders einschlägigen Gesellschaftsrechts, des in der Praxis sehr bedeutsamen Steuerrechts, sowie an Hand der "Mitbestimmungsgesetze", die für die Auslegung der §§ 76 und 77 BetrVG wohl in erster Linie herangezogen werden können, gezeigt.

a) Gesellschaftsrecht.

Im Gesellschaftsrecht ist heute allgemein anerkannt, dass ein Konzern kein einheitliches Unternehmen, sondern eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen darstellt 85).

85) Vgl. oben S. 23

Nur in ganz besonders gelagerten Fällen hat die Rechtssprechung aus der wirtschaftlichen Verflechtung der Konzernunternehmen rechtliche Folgerungen gezogen 86). Nach der Rechtssprechung des BGH sind selbst Organgesellschaften als rechtlich selbständige Unternehmen zu behandeln 87). Die von Neumann-Duesberg 88) ohne nähere Erläuterungen aufgestellte Behauptung, dass heute eine Haftung der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaften bejaht werde, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig. Auch in Fragen der Haftung werden Konzernunternehmen regelmässig als selbständige Einheiten behandelt. Eine Ausnahme gilt nur für einige wenige engbegrenzte Tatbestände, welche über die Deliktsgesetze des BGB oder über die allgemeinen Grundsätze von Treu und Glauben zu einer Haftung der Obergesellschaft für Schulden der Untergesellschaft führen 89).

Woraus Neumann-Duesberg aaO ableiten will, dass die von ihm vorgeschlagene Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG im Sinne einer "Einheitsbetrachtung" im Einklang mit dem modernen Gesellschaftsrecht sei, ist deshalb nicht recht ersichtlich.

Selbst der Referentenentwurf eines neuen Aktiengesetzes zieht aus der konzernmässigen Zusammenfassung von Unternehmen keine unmittelbar ihre aktienrechtliche Organisation berührende Folgerungen, weil ein derartiges Vorgehen, "abgesehen von gewissen rechtstechnischen Schwierigkeiten die Einheitlichkeit der für die einzelnen Gesellschaften geltenden Verfassungsgrundsätze durchbrechen und ihre Klarheit und Übersichtlichkeit gefährden" würde 90).

Die § 15 AktG entsprechenden §§ 16 Abs. 1 und 17 E AktG sprechen ebenso wie heute § 15 AktG aus, dass Konzernunternehmen, bzw. abhängige Unternehmen rechtlich selbständige Unternehmen darstellen.

Bei der Ausgestaltung der die Konzerne betreffenden Einzelbestimmungen war man zwar bemüht, der wirtschaftlichen Verflechtung und mehr oder weniger weitgehenden Unselbständigkeit der Konzernunternehmen mehr als im bisherigen Aktiengesetz Rechnung zu tragen, grundsätzlich jedoch ohne die Konzerne als einheitliche Unternehmen zu behandeln. Der Angelpunkt der konzernrechtlichen Vorschriften des Ent-

86) Vgl. Haupt § 53 II 5 unter Hinweis auf zwei Entscheidungen aus dem Wettbewerbsrecht (JW 1932, 2282 Nr. 9 und JW 1933, 1948) und die durch RG 115, 246 später aufgehobene noch unter dem alten Aktienrecht ergangene Entscheidung RG 108, 41 (43)

87) BGH 22, 234

88) aaO S. 53

89) Haupt aaO; Rasch S. 174 ff; Schmidt in Grosskomm. § 15 Anm. 7 a; Drobnig S. 46

90) Vgl. E AktG Erl. zum 3. Buch Vorbemerkung S. 387; gegen die Konzeption des Entwurfs Schmidt in Beiträge S. 46 ff und Würdinger Betr. 58, 1447 (1452)

wurfs ist der Unternehmensvertrag 91), also eine Einrichtung, die die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Konzernunternehmen nicht aufhebt oder ignoriert, sondern ausdrücklich voraussetzt. Denn ein Vertrag kann immer nur zwischen rechtlich selbständigen Partnern geschlossen werden.

Der "Einheitstheorie" folgt der Entwurf allerdings insoweit, als er für gewisse Konzerne künftig neben den Abschlüssen der einzelnen Konzernunternehmen die Erstellung eines gemeinsamen Konzernabschlusses vorschreibt 92).

Aus dieser Tatsache kann man für die Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG aber keine Argumente für eine "Einheitsbetrachtung" herleiten. Denn erstens steht noch nicht fest, ob die Vorschriften über den Konzernabschluss wirklich Gesetz werden, zweitens sprechen andere Vorschriften des Entwurfs, wie gesagt, mehr gegen eine Einheitsbetrachtung und drittens werden auch in den §§ 287 ff E AktG Konzerne nicht schlechthin als Einheit behandelt. Abgesehen davon, dass der für die Pflicht zur Aufstellung eines Konzernabschlusses massgebliche Konzernbegriff gegenüber § 15 AktG eingeschränkt wurde, war man auch sonst bemüht, vorsichtig und schrittweise vorzugehen und der Wirtschaft einen gewissen Spielraum für die Anwendung des Gesetzes zu belassen 93). Ausserdem ist das Problem des Konzernabschlusses mit den bei der Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG zu entscheidenden Fragen kaum vergleichbar.

b) Steuerrecht.

Da das Steuerrecht stärker als das Gesellschaftsrecht an wirtschaftlichen Gegebenheiten orientiert ist, hat man im Steuerrecht aus der wirtschaftlichen Einheit von Konzernunternehmen weitergehende Folgerungen gezogen als im Gesellschaftsrecht. Auch steuerrechtlich sieht man einen Konzern aber nicht allgemein, sondern nur in gewissen Beziehungen als eine Einheit an. Selbst Organgesellschaften, also Unternehmen, "die einem anderen Unternehmen nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell, wirtschaftlich und organisatorisch derart eingegliedert sind, dass sie keinen eigenen Willen mehr haben", werden nicht schlechthin, sondern nur bezüglich bestimmter Steuern als unselbständige Teile des herrschenden Unternehmens behandelt 94).

c) "Mitbestimmungsgesetze".

aa) BetrVG und Wahlordnung zum BetrVG.

Dass das BetrVG für Konzerne weder einen einheitlichen Betriebsrat, Gesamtbe-

91) Vgl. oben 1. Kapitel Anm. 173

92) Vgl. §§ 287 ff E AktG

93) Vgl. E AktG Erl. zu §§ 287 ff u. oben 1. Kapitel Anm. 176

94) Bez. der Einzelheiten vgl. Bühler §§ 50 u. 51; Schmidt in Grosskomm. § 15 Anm. 7 d und Haupt § 53 II 6

etriebsrat oder Wirtschaftsausschuss, noch sonstige gemeinsame Einrichtungen oder Gremien vorsieht, wurde bereits gesagt 95).

Nach § 31 WO kann eine Wahl von Arbeitnehmervertretern für den Aufsichtsrat auch stattfinden, wenn in einem Unternehmen kein Betriebsrat besteht. Wenn v. Köhler 96) daraus ableiten will, dass die Wahl in diesen Fällen nur unter gleichberechtigter Teilnahme der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen durchgeführt werden könne, so übersieht er, dass nicht nur Unternehmen mit weniger als fünf Arbeitnehmern, sondern auch solche mit zahlreichen eigenen Arbeitnehmern ohne Betriebsrat sein können 97). Für die Frage, ob die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden als eigene zuzurechnen sind, besagt § 31 WO also gar nichts.

bb) Das MitbG.

Die Vorschriften des MitbG stellen bezüglich der Voraussetzungen der Mitbestimmung der Arbeitnehmer allein auf die Verhältnisse des jeweils in Frage stehenden Unternehmens, nicht etwa auf die Verhältnisse im Konzern ab 98). An der Wahl der Arbeitnehmervertreter für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns sind die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen in keiner Weise beteiligt. Soweit das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer von der Grösse der Belegschaft abhängt 99), kommt es allein auf die Zahl der unmittelbar bei den einzelnen Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmer an.

§ 1 Abs. 1 Buchstabe c des MitbG, wo von den abhängigen Unternehmen die Rede ist, will klarstellen, dass die Mitbestimmung im herrschenden Unternehmen nicht ohne weiteres auf das abhängige Unternehmen durchschlägt 100), ohne aber im übrigen die für das herrschende bzw. abhängige Unternehmen erforderlichen Voraussetzungen der Anwendung des Gesetzes zu beeinflussen. - Die Erstreckung des MitbG auf Holdinggesellschaften, die ihrerseits die Voraussetzungen des § 1 MitbG nicht erfüllen, wohl aber Unternehmen beherrschen, die unter das MitbG fallen, wurde von der h. M. von jeher abgelehnt 101). Die Richtigkeit dieser Ansicht wurde durch den Erlass des MitbErgG bestätigt.

95) Vgl. oben S. 75

96) BB 53, 562, vgl. oben S. 82

97) Galperin § 8 Anm. 1

98) Vgl. § 1 MitbG

99) Vgl. § 1 Abs. 2 MitbG

100) Kötter MitbErgG Vorbem. vor § 1

101) Vgl. Kötter aaO § 2 Anm. 2; Fitting BARbBl 56, 499; Gessler BB 56, 625 u. 661; LG Düsseldorf BB 54, 60 = NJW 54, 236; Begründung des Reg-Entw. zu § 2 MitbErgG

cc) Das MitbErgG.

Das MitbErgG behandelt in erster Linie Konzernfragen. Es regelt jedoch nicht die in Konzernen sich ergebenden Probleme der Mitbestimmung allgemein, sondern soll lediglich einige Lücken schliessen, die nach dem Erlass des MitbG offenbar wurden (102). Das BetrVG bleibt völlig, das MitbG nahezu völlig unberührt. Eine mittelbare Berücksichtigung des MitbErgG bei der Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG ist, wenn überhaupt, nur in sehr engen Grenzen möglich, da die beiden Gesetze in der Behandlung der Konzernprobleme von völlig verschiedenen Ausgangspunkten - hier paritätische, hier Minderheitsbeteiligung - ausgehen.

Im Rahmen der vom MitbErgG neu geschaffenen Form der Mitbestimmung im Aufsichtsrat wird ein Konzern weitgehend als eine Einheit behandelt (103). Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass auch § 76 IV BetrVG in ähnlichem Sinne ausgelegt werden muss, jedenfalls nicht bezüglich der Frage, ob die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden können, wenn es für das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer auf die Grösse der Belegschaft ankommt. Die §§ 6 - 8 MitbErgG betreffen nämlich nur die Modalitäten der Wahl, nur für sie soll der massgebliche Konzernbegriff gemäss § 9 MitbErgG der Vorschrift des § 15 Abs. 1 AktG entnommen werden. Die Voraussetzungen aber, unter denen die §§ 6 - 9 MitbErgG überhaupt erst anwendbar werden, sind wesentlich enger als der Rahmen des für § 76 IV BetrVG massgeblichen Konzernbegriffs des § 15 AktG und auch enger als § 15 Abs. 1 AktG. Die in den §§ 6 - 8 MitbErgG zum Ausdruck kommende "Einheitsbetrachtung des Konzerns" greift nämlich nur Platz, wenn das herrschende Unternehmen dem MitbG unterliegende Unternehmen organschaftlich beherrscht (104) und wenn der Unternehmenszweck des Konzerns von den dem MitbG unterliegenden Unternehmen bestimmt wird (105). Die von der parlamentarischen Opposition in den Ausschüssen des Bundestages geforderte Ausdehnung der Gedanken des MitbErgG auf jedes Beherrschungsverhältnis i.S. des § 15 AktG wurde bewusst nicht verwirklicht (106).

Gegen die grundsätzliche Behandlung von Konzernen als Einheit spricht auch § 2 MitbErgG:

Liegen bei dem herrschenden Unternehmen nach seinem eigenen überwiegenden Betriebszweck die Voraussetzungen für die Anwendung des MitbG vor, so gilt für das herrschende Unternehmen das MitbG, das heisst dann kommen bei Prüfung der Voraussetzungen für die Wahl von Arbeitnehmervertretern allein die Verhältnisse

102) Kötter MitbErgG Vorbem. vor § 1

103) Vgl. §§ 6 - 9 MitbErgG

104) Vgl. § 1 MitbErgG

105) Vgl. § 3 MitbErgG

106) Kötter MitbErgG § 1 Anm. 4 a, b

des herrschenden Unternehmens in Betracht. Dies gilt selbst dann, wenn der Unternehmenszweck des Konzerns durch Unternehmen bestimmt wird, die nicht unter das MitbG fallen 107). Die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen haben in diesem Fall, d.h. bei Anwendung des MitbG nicht einmal ein unselbständiges Teilnahmerecht nach § 76 IV BetrVG; denn gemäss § 85 Abs. 2 BetrVG sind die Vorschriften des BetrVG auf die in § 1 MitbG bezeichneten Unternehmen nicht anwendbar 108).

Ausserdem ist noch auf folgendes hinzuweisen:

Nach ausdrücklicher Bestimmung des § 14 MitbErgG gilt für herrschende Unternehmen, welche die Voraussetzungen der §§ 2 oder 3 MitbErgG nicht erfüllen, auch weiterhin das BetrVG. Diese Regelung hat der Gesetzgeber getroffen, obwohl er sich offenbar bewusst war, dass der Einfluss der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens nach dem BetrVG wesentlich geringer ist, als nach dem MitbErgG: In der Begründung zum Regierungsentwurf ist bei dem § 14 MitbErgG entsprechenden § 9 ausgeführt, "dass nach dem § 76 Abs. 4 BetrVG die Arbeitnehmer der abhängigen Konzernunternehmen an der Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens teilnehmen, sodass auch in diesem Fall eine nicht unerhebliche Einflussnahme der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens gegeben ist". Wenn der Gesetzgeber sich nicht veranlasst sah, wenigstens für herrschende Unternehmen i. S. des § 1 MitbErgG - nur für sie gilt § 14 MitbErgG - den nicht unerheblichen Einfluss der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen zur vollen Gleichberechtigung zu erweitern, besteht für eine Einheitsbetrachtung bei Konzernen i. S. des wesentlich weiteren § 15 AktG erst recht keine Veranlassung.

Aus der Gesamtregelung des MitbErgG muss nach all dem entnommen werden, dass der Gesetzgeber die Mitwirkungs- bzw. Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer in herrschenden Unternehmen nur unter ganz besonderen, mit den Voraussetzungen des § 76 IV BetrVG nicht vergleichbaren Umständen durch die Verhältnisse bei den abhängigen Unternehmen beeinflusst wissen wollte, im übrigen aber daran festhielt, dass es für die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns allein auf die Verhältnisse beim herrschenden Unternehmen ankommt.

107) Kötter MitbErgG § 2 Anm. 2; Reg.-Entw. Begr. zu § 2 MitbErgG

108) Teilweise a. A. Schultze-Schlutius S. 107 ff. Er will § 76 IV BetrVG anwenden, wenn das herrschende Unternehmen unter das MitbG und das abhängige Unternehmen unter das BetrVG fällt. Dieses mit dem Sinn der Konzernmitbestimmung begründete Ergebnis ist jedoch mit § 85 Abs. 2 BetrVG und § 2 MitbG auch bei grosszügigster Auslegung nicht vereinbar.

Soweit sich hieraus Unterschiede zwischen dem MitbErgG und dem BetrVG ergeben, müssen sie wie andere Unterschiede zwischen den drei "Mitbestimmungsgesetzen", in Kauf genommen werden, selbst wenn deshalb wirklich einmal der Fall eintreten sollte, dass infolge einer Änderung des nach § 3 MitbErgG massgeblichen Umsatzverhältnisses beim herrschenden Unternehmen nicht nur die paritätische Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat, sondern ihre Beteiligung überhaupt entfällt 109).

6) Sinn und Zweck.

Wenn sonstige Auslegungsmethoden zu keinem eindeutigen, bzw. einem unerwünschten Ergebnis führen, liegt es nahe, nach dem eigentlichen Sinn und Zweck des Gesetzes zu fragen, um seine Auslegung danach zu bestimmen.

Im Falle der §§ 76, 77 BetrVG ist dieser Weg indes nicht ganz unbedenklich, da über die dogmatischen Grundlagen und den eigentlichen Sinn der Mitbestimmung der Arbeitnehmer im allgemeinen und der Vertretung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat im besonderen keine einmütigen Vorstellungen herrschen. Selbst in den Ausschüssen des Deutschen Juristentages, wo man sich doch gewiss um eine objektive Betrachtung bemüht hat, konnte bezüglich der Grundfragen der Mitbestimmung keine Einigkeit erzielt werden 110). Deshalb dürfte sich auch speziell in der Frage ob die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden können, allein aus dem Sinn der §§ 76, 77 BetrVG kaum eine überzeugende Antwort entwickeln lassen.

Dies wird besonders deutlich, wenn man sich die diesbez. vom BAG 111) einerseits und von Köttler 112) andererseits vorgebrachten Argumente vor Augen hält. Denn wenn schon sachkundige Personen mit wissenschaftlichen Methoden aus den §§ 76, 77 BetrVG einen durchaus verschiedenen Sinn ablesen zu können glauben, wie soll dann erst in der Praxis eine überzeugende Lösung entwickelt werden können?

Das BAG meint zwar, dass nach der bisherigen Gestaltung der Mitbestimmung eine Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns nicht sozusagen zwangsläufig aus dem Wesen der Mitbestimmung zu erklären sei, schliesst aber doch nicht aus, dass das Mitbestimmungsrecht der Arbeitnehmer entsprechend weiter entwickelt werden könnte. Dabei wird sogar angedeutet, dass von einer umfassenden Mitbestimmung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen im Rahmen des Konzerns nur gesprochen werden könnte, wenn die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen von der Rechtsform des herrschenden Unternehmens unabhängig wären.

109) A. A. Radke ArbUR 58, 168 und oben S. 81 f.

110) Untersuchungen S. 35 ff.

111) Beschluss 1 ABR 4/56 vgl. oben S. 76

112) Anm. zu dem erwähnten Beschluss AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG

Kötter lehnt diese Erwägungen scharf ab. Es sei mit den der Mitbestimmung zugrunde liegenden Rechtsgedanken unvereinbar, bei der Regelung der Mitbestimmung in der Konzernspitze darüber hinwegzusehen, ob deren Rechtsform auch bei einem einstufigen Unternehmen der Mitbestimmung zugänglich wäre.

Bei nüchterner Überlegung muss man der Meinung des BAG den Vorzug geben. Einen schlechthin und für alle Zeiten feststehenden Rechtsgedanken der Mitbestimmung gibt es nicht. Dies folgt schon daraus, dass die bisher geschaffenen drei "Mitbestimmungsgesetze", das MitbG, das BetrVG und das MitbErgG, selbst in grundlegenden Fragen - Parität, bzw. Minderheitsbeteiligung; Einfluss betriebsfremder Personen - verschiedene Regelungen treffen. Wie die Vorschriften im einzelnen ausgefallen sind, hing weniger von rechtsdogmatischen Erwägungen, etwa dem Rechtsgedanken der Mitbestimmung, sondern von den jeweiligen politischen, wirtschaftlichen, und sozialen Verhältnissen und der Machtverteilung im Parlament ab. Die Regelung der §§ 76, 77 BetrVG insbesondere stellt einen Kompromiss dar (113). Unter anderen Umständen hätte der Kompromiss durchaus auch anders ausfallen können.

Aus dieser Tatsache folgt zweierlei:

Es erscheint bedenklich, die Kompromisslösung der §§ 76, 77 BetrVG nachträglich zu Gunsten der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer zu verändern, indem man auf Sinn- und Zweckerwägungen hinweist, die letztlich subjektiv und unkontrollierbar sind, jedenfalls aber im Gesetz keinen Ausdruck gefunden haben.

Andererseits ist es verfehlt, die heutige Regelung der Mitbestimmung im Konzern als die einzig denkbare und allein mit dem Wesen oder dem Rechtsgedanken der Mitbestimmung zu vereinbarende Form hinzustellen. Wenn die §§ 76, 77 BetrVG nach ihrem Sinn und Zweck ausgelegt werden, dürfen nicht starre Dogmen oder subjektive rechtspolitische Ansichten vertreten werden, sondern es ist zu untersuchen, welche Auslegung praktisch im Interesse der Rechtssicherheit, der Zweckmäßigkeit und der Gerechtigkeit vorzuziehen ist.

a) Rechtssicherheit.

Zweifel über die Auslegung eines Gesetzes werden am besten vermieden, wenn man sich möglichst genau an den Wortlaut hält. Der Wortlaut der §§ 76, 77 BetrVG aber spricht, wie gesagt, gegen die Ansicht, dass die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zugerechnet werden könnten.

Ausserdem muss noch auf folgendes hingewiesen werden:

Nach dem Wortlaut des § 76 IV BetrVG muss man annehmen, dass im Rahmen der §§ 76, 77 BetrVG der Konzernbegriff des § 15 AktG gelten soll. Dieser Begriff ist zwar weit, trotzdem bestehen aber keine zwingenden Gründe, ein unselbständiges

Teilnahmerecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bezüglich der Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens von engeren Voraussetzungen abhängig zu machen als denen des § 15 AktG.

Wenn man § 76 IV BetrVG in dem hier vertretenen Sinn auslegt, bleibt man also sowohl in der Frage des Teilnahmerechts als auch bezüglich des massgeblichen Konzernbegriffs streng auf dem Boden des Gesetzes.

Die Autoren, welche in der Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG auf Konzerne vom Wortlaut des Gesetzes abweichen und die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen dem herrschenden Unternehmen als eigene zurechnen wollen, empfinden den Konzernbegriff des § 15 AktG dagegen meist als zu weit. Es ist bezeichnend, dass von den Befürwortern einer Zusammenrechnung nur Rasch und v. Köhler den Konzernbegriff des § 15 AktG zugrunde legen. Alle anderen entwickeln selbständige, von § 15 AktG und auch untereinander mehr oder weniger stark abweichende neue Begriffe 114).

Es soll nicht bestritten werden, dass die für die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns vorgebrachten Argumente de lege ferenda beachtet werden müssen. Es ist aber bedenklich, für die Mitbestimmung im Konzern schon de lege lata Ansichten zu entwickeln, die in mehrfacher Hinsicht vom Wortlaut des Gesetzes abweichen. Dies gilt umsomehr, da alle diese Konstruktionen angesichts des im ganzen umstrittenen Charakters der Mitbestimmung kaum Aussicht haben, sich allgemein durchzusetzen und da gerade die Zusammensetzung des Aufsichtsrates nach einer sicheren rechtlichen Grundlage verlangt.

Wie die Mitbestimmung in Zukunft besser geregelt werden könnte, kann schon heute erwogen werden. Es ist aber abzulehnen, wenn wegen im einzelnen noch fraglicher Verbesserungen unnötige Unruhe und Zweifel hervorgerufen werden.

Der Rechtssicherheit wäre deshalb bestimmt am besten gedient, wenn man sich bei der Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG streng an den Wortlaut hielte. - Ein Abgehen vom Wortlaut der §§ 76, 77 BetrVG ist nur gerechtfertigt, wenn wirklich zwingende Gründe es erfordern.

b) Zweckmässigkeit.

Den Hauptgrund für die Berücksichtigung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei der Feststellung der für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens erforderlichen Mindestzahl von Arbeitnehmern sieht man darin, dass beim herrschenden Unternehmen die unternehmerische Leitung des Gesamtkonzerns liege. Die Betonung der wirtschaftlichen Einheit des Konzerns gegenüber seiner juristischen Gestaltung soll verhindern, dass die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer der Tochtergesellschaften dadurch ausgehöhlt werden, dass wichtige, auch die

114) Vgl. oben S. 31 Anm. 50 und S. 35 ff.

Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen betreffende Fragen ohne deren Mitwirkung beim herrschenden Unternehmen entschieden werden.

Auf den ersten Blick erscheinen diese Erwägungen einleuchtend. Bei näherer Prüfung zeigt sich aber, dass die geforderte "Einheitsbetrachtung" keineswegs so offensichtlich sinnvoll und zweckmässig, jedenfalls aber nicht so dringlich ist, dass deswegen vom Wortlaut des Gesetzes abgegangen werden könnte oder müsste:

Schon der Ausgangspunkt der oben geschilderten Begründung für die Zusammenrechnung der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen ist nämlich nicht unanfechtbar. Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens ist durchaus nicht immer der "Brennpunkt des konzerneinheitlichen Mitbestimmungsrechts", die Entscheidung über die Geschicke der Konzernunternehmen ist keineswegs immer in dem Ausmass von den Organen der einzelnen Unternehmen auf die Konzernspitze verlagert, wie das die Befürworter der Einheitsbetrachtung ohne nähere Begründung meist unterstellen.

Dies gilt sicher dann, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass der Konzernbegriff des § 76 IV BetrVG der Vorschrift des § 15 AktG zu entnehmen ist. Bei Konzernen i. S. des § 15 AktG - aber auch ganz allgemein bei Konzernen i. S. der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre und der Auffassungen der Praxis - kann die unternehmerische Leitung weitgehend den abhängigen Unternehmen verbleiben. Häufig werden nur die grundlegenden Fragen der Geschäftspolitik in der Konzernspitze entschieden 115). Denn nicht zuletzt in einer sinnvollen Stufung der Verantwortungsbereiche, also der Dezentralisation der Verwaltung, liegt eines der organisatorischen Grundprinzipien des Konzerns und einer seiner Vorzüge und Unterschiede gegenüber dem Einheitsunternehmen 116). Gerade die Entscheidung über die sozialen und personellen Probleme der einzelnen Unternehmen, bei der mitzuwirken die Arbeitnehmer wohl in erster Linie interessiert und fähig sind, dürfte wohl in den seltensten Fällen auf die Organe des herrschenden Unternehmens übertragen sein.

Für Konzerne im Sinne des § 15 AktG erscheint es deshalb nicht unbedingt nötig, allein im Interesse der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen beim herrschenden Unternehmen einen Aufsichtsrat zu bilden, bzw. mit Arbeitnehmervertretern zu besetzen.

Aber auch wenn man meint, dass der Konzernbegriff des BetrVG allgemein 117) oder doch wo es darum geht ob, die abhängigen Unternehmen dem herrschenden

115) und auch da keineswegs immer im Aufsichtsrat

116) Ballerstedt Betr. 56, 803; Hueck Betr. 59, 233; Pausenberger S. 119 ff. und S. 153 und 171 mit praktischen Beispielen.

117) Vgl. oben S. 35 ff

als eigene zuzurechnen sind 118), enger zu fassen ist als § 15 AktG, gilt nichts anderes:

Abgesehen davon, dass weder eine generelle Einschränkung des für das BetrVG geltenden Konzernbegriffs, noch differenzierende, auf der Schaffung zweier Konzernbegriffe beruhende Lösungsversuche sich aus dem Gesetz herleiten lassen, ist keiner der bisher in Abweichung von § 15 AktG für das BetrVG entwickelten Konzernbegriffe so beschaffen, dass er als Grundlage für eine "Einheitsbetrachtung" dienen könnte. Keiner ist so formuliert, dass er nur straff geführte Konzerne, diese aber auch wirklich alle erfassen würde 119).

Aber selbst wenn es gelänge, einen solchen neuen Konzernbegriff zu entwickeln, wäre doch noch sehr zu erwägen, ab man den für das BetrVG geltenden Konzernbegriff allgemein oder doch, wo es um die Frage geht, ob die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen zugerechnet werden können, allein im Interesse der geforderten Einheitsbetrachtung einschränken soll.

Auch in straff geführten Konzernen ist die unternehmerische Selbständigkeit der Untergesellschaften in der Regel nämlich nicht völlig aufgehoben. Die Weisungen der Obergesellschaft sind meist nicht bindende Befehle, sondern Aufträge, die den Organen der Untergesellschaften durchaus noch einen gewissen Spielraum für eigene Entscheidungen belassen 120).

Aber auch wenn es anders wäre, wenn die Organe der Obergesellschaft wirklich "bis zum letzten Arbeitnehmer der Untergesellschaften hinunterbefehlen" würden 121), brauchte dies nicht zu einer Aushöhlung der den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen durch die §§ 76, 77 BetrVG verliehenen Rechte zu führen¹²². Die Vertreter der Gegenmeinung scheinen allzusehr unter dem Eindruck der Diskus-

118) Vgl. oben S. 37 (Kötter)

119) Dies gilt auch gegenüber Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 a. Weder alle organschaftlich beherrschten, noch ausschliesslich organschaftlich beherrschte Unternehmen werden straff geführt.

120) Vgl. Hueck Betr. 59, 233; Schilling JZ 57, 530 Anm. 14

121) So Neumann-Duesberg ZHR 118, 48 f, ähnlich S. 38, 42

122) Wenn die abhängigen Unternehmen nicht unter die §§ 76, 77 fallen - etwa weil sie Personalgesellschaften sind - kann von einer Aushöhlung der Arbeitnehmerrechte durch die Obergesellschaft erst recht keine Rede sein. - Es wäre paradox, wenn man in diesen Fällen unter Berufung auf die dem herrschenden Unternehmen zustehenden Einflussmöglichkeiten allein im Interesse der abhängigen Unternehmen beim herrschenden Unternehmen einen Aufsichtsrat unter Beteiligung der Arbeitnehmer bildete, während den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen, falls ihr Unternehmen nicht abhängig wäre, keine Mitbestimmung durch Wahlen nach den §§ 76, 77 BetrVG zustände.

sionen zu stehen, die dem Erlass des MitbErgG vorausgegangen sind, und dabei zu übersehen, dass die damals für die Ausdehnung der Mitbestimmung auf Holdinggesellschaften vorgebrachten Argumente im Rahmen der §§ 76, 77 BetrVG nur in sehr beschränktem Umfang gelten können:

Das MitbG gewährt den Arbeitnehmern eine paritätische Beteiligung im Aufsichtsrat, also ein wirkliches Recht zur Mitbestimmung. Dieses Recht könnte ausgehöhlt werden, wenn wichtige Fragen ohne die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens entschieden werden könnten. Die notwendige Folge dieser Tatsache war der Erlass des MitbErgG.

Nach den §§ 76, 77 BetrVG haben die Arbeitnehmer jedoch kein echtes Mitbestimmungsrecht. Auf Grund der Minderheitsbeteiligung im Aufsichtsrat können sie nicht wirklich gleichberechtigt mitentscheiden. Falls es wirklich hart auf hart geht, können die Vertreter der Arbeitnehmer nämlich immer überstimmt werden. Da die Vertreter der Anteilseigner im Aufsichtsrat in der Regel Repräsentanten derjenigen Aktionärsgruppe sind, welche in der Hauptversammlung die Mehrheit hat - der Aufsichtsrat wird mit einfacher Mehrheit gewählt, eine Vertretung von Minderheitsgruppen ist nicht vorgeschrieben -, haben die Vertreter der Arbeitnehmer in aller Regel auch keine Aussicht, das Zünglein an der Waage bilden zu können. Ihre Beteiligung im Aufsichtsrat hat nur den Charakter eines Rechts zur Mitsprache, Information und Kontrolle, ist also ein blosses Mitwirkungs- kein Mitbestimmungsrecht 123).

Wo zwischen der Belegschaft und der Unternehmensleitung ein gutes Verhältnis herrscht, werden die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ihre Mitsprache-, Informations- und Kontrollrechte auch ausüben können, ohne im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens oder an dessen Wahl beteiligt zu sein. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der abhängigen Unternehmen können bei allseitigem guten Willen sicher andere Wege finden, um ihre Wünsche, Beschwerden, Anregungen etc. den massgebenden Persönlichkeiten des Konzerns vorzutragen. Häufig werden diese ohnehin auch im Aufsichtsrat der abhängigen Unternehmen sitzen. - Es sei auch daran erinnert, dass die Arbeitnehmer im Aufsichtsrat der abhängigen Unternehmen vom Vorstand ihres Unternehmens einen Bericht über die Beziehungen zum herrschenden Unternehmen verlangen können 124).

123) Vgl. Hueck Gesellschaftsrecht S. 137 f; Untersuchungen S. 37; Meissinger DBetrVerf 56, 129

124) Vgl. § 95 Abs. 2 AktG. Der Bericht kann nach bisherigem Recht allerdings nur erzwungen werden, wenn der Vorsitz des Aufsichtsrates das Verlangen unterstützt. Nach § 85 Abs. 3 Satz 2 E AktG soll aber auch ein Drittel der Aufsichtsratsmitglieder - also u.U. nur die Arbeitnehmervertreter - einen Bericht erzwingen können.

Wo dagegen eine vertrauensvolle Zusammenarbeit der Sozialpartner nicht besteht, wo eine Unternehmens- oder Konzernleitung es wirklich darauf anlegt, den Arbeitnehmern die Wahrnehmung ihrer Rechte zu erschweren, kann den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen auch eine Vertretung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nicht viel helfen. - Im Gegenteil es kann geschehen, dass den Arbeitnehmern die Beteiligung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens letztlich sogar schadet. Man darf nämlich folgendes nicht ausser acht lassen:

Die Zusammenrechnung der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen ist eigentlich nur bei reinen Holdinggesellschaften bedeutsam. Denn andere Obergesellschaften beschäftigen in der Regel selbst eine grössere Zahl von Arbeitnehmern. Mit den im Aufsichtsrat einer Holdinggesellschaft zu entscheidenden Problemen, also in erster Linie allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen, weniger konkreten Einsatz von Arbeitnehmern betreffenden Fragen, werden Arbeitnehmer wohl kaum jemals vertraut sein. - Wenn man dennoch verlangt, dass Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat der Holdinggesellschaften aufgenommen werden, so erweist man damit wahrscheinlich dem Ansehen und Gehalt der Mitbestimmung einen schlechten Dienst. Denn wenn die Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat bei gewissen Gesellschaften zu einer leeren Form herabsinkt, kann es leicht dazu kommen, dass sie auch da nicht mehr ernst genommen wird, wo sie sich wirklich günstig auswirken kann 125).

Hieraus und nicht aus dem Bestehen von Holdinggesellschaften mit einem Aufsichtsrat ohne Arbeitnehmervertreter droht dem Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer in erster Linie die Gefahr der Aushöhlung: Da die §§ 76, 77 BetrVG den Arbeitnehmern eine wirkliche Machtstellung nämlich nicht verleihen, hängt ihre Wirksamkeit vor allem davon ab, dass eine vertrauensvolle, in gegenseitiger Achtung vollzogene Zusammenarbeit erreicht wird. Die zunächst jedenfalls leere Form des Vertretenseins im Aufsichtsrat ist viel weniger entscheidend. Denn wenn Konzernverwaltungen die Rechte der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen tatsächlich "aushöhlen" wollen, so können sie das, gleichgültig ob im Aufsichtsrat der Spitzengesellschaft Arbeitnehmer sitzen oder nicht. - Sie können etwa den Aufsichtsrat auf die rein formale Wahrnehmung der ihm übertragenen Funktionen beschränken und wichtige Beratungen und Entscheidungen in andere Gremien verlegen. Und wenn ein Unternehmen oder ein Konzern wirklich eine Holdinggesellschaft gründen sollten, nur um die den Arbeitnehmern durch die §§ 76, 77 BetrVG verliehenen

-
- 125) Auch auf die Einstellung der Arbeitnehmer zu den §§ 76, 77 BetrVG kann es sich ungünstig auswirken, wenn sie veranlasst werden, umständliche Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens durchzuführen, die keinen wirklichen Sinn und keinen Nutzen erkennen lassen. Vgl. Schlessmann Betr. 52, 1088

Rechte auszuhöhlen, so kann auch eine noch so weitgehende Einheitsbetrachtung bei der Auslegung der §§ 76, 77 BetrVG sie daran nicht hindern. Sie brauchen ja nur eine Rechtsform zu wählen, z.B. die der KG, bei der die Arbeitnehmer auf keinen Fall ein Recht zur Vertretung in den Organen der Gesellschaft haben.

Die geforderte Einheitsbetrachtung, d.h. die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns, ist also vielfach nicht notwendig, jedenfalls aber nicht geeignet, um eine Beeinträchtigung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen auszuschließen. Dass der Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG darin bestehen soll, umständliche Wahlen vorzuschreiben, die in den meisten Fällen nur zu einer überflüssigen oder doch nutzlosen Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens führen können, ist wohl kaum anzunehmen.

c) Gerechtigkeit.

Mit dem Hinweis darauf, dass auch eine noch so weitgehende Einheitsbetrachtung nicht alle, sondern nur gewisse Obergesellschaften der Regelung der §§ 76, 77 BetrVG unterstellen könnte, ist bereits ein Gesichtspunkt angedeutet, der besonders eindringlich gegen die Berücksichtigung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei der Feststellung der für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens erforderlichen Mindestzahl von Arbeitnehmern spricht.

Selbst wenn man nämlich meint, dass die Zusammenrechnung aller Arbeitnehmer des Konzerns notwendig und geeignet ist, um eine Aushöhlung der den Arbeitnehmern durch die §§ 76, 77 BetrVG verliehenen Rechte zu verhindern, könnte damit das Problem der Mitbestimmung im Konzern nur teilweise gelöst werden. Auch durch die Zusammenrechnung könnte nämlich nicht erreicht werden, dass die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen in allen Fällen einen unmittelbaren Einfluss auf die Zusammensetzung der Organe des herrschenden Unternehmens bekämen. Herrschende Unternehmen, die als Einzelfirma oder Personengesellschaft geführt werden - und solche Unternehmen gibt es in erheblicher Anzahl 126) - könnten auch bei noch so freier Auslegung von den §§ 76, 77 BetrVG nicht erfasst werden.

Wenn das BAG 127) aus dieser Tatsache den Schluss zieht, dass der Grundsatz der Gewaltentrennung eine Berücksichtigung der Verhältnisse der abhängigen Unternehmen auch bei Unternehmen in einer durch die §§ 76, 77 BetrVG betroffenen Rechtsform unmöglich mache, so ist das vielleicht nicht unbedingt zwingend. Sicher aber dürfte sein, dass die geforderte Zusammenrechnung praktisch zu ungerechten Ergebnissen führen würde.

126) Fischer AcP 154, 112 und 199; derselbe in "Die GmbH" S. 36; Benner ArbuR 57, 36

127) Vgl. oben S. 76 ff.

Zugegeben, der Gleichheitsgrundsatz mag rein formal betrachtet nicht verletzt sein, wenn man einer herrschenden GmbH die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen als eigene zurechnet, während z.B. bei einer herrschenden oHG die Verhältnisse der abhängigen Unternehmen auf die Mitbestimmung in der Konzernspitze ohne Einfluss bleiben sollen. Materiell gesehen würde ein solches Verfahren aber dennoch zu einer ungleichen Behandlung wesensgemäss gleicher Tatbestände führen. Denn die Rechtsform der Konzernspitze ist für das Problem der Mitbestimmung im Konzern letztlich nicht entscheidend. "Die Lage der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ist völlig die gleiche, ohne Rücksicht darauf, wie die Holding selbst organisiert ist" 128).

Demgegenüber kann man einwenden, dass das Beteiligungsrecht der Arbeitnehmer ja auch sonst nur für gewisse Unternehmensformen gilt, dass eine Vertretung der Arbeitnehmer in den Organen von Personalgesellschaften dem Rechtsgedanken der Mitbestimmung widerspreche, dass die "eigenverantwortliche, persönliche Haftung physischer Rechtsträger" etwaige Kontrollrechte der Arbeitnehmer als "unerträglich" erscheinen lasse, usw. 129).

Diese Einwände sind jedoch nicht überzeugend:

Wie fraglich und ungeklärt der Rechtsgedanke der Mitbestimmung noch ist, wurde bereits angedeutet 130). Alle Versuche, die Arbeitnehmer von jeder Form der Mitbestimmung in den Organen von Personalgesellschaften sozusagen a priori auszuschliessen, sind deshalb abzulehnen.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die in den §§ 76, 77 BetrVG, im Mitbestimmungsgesetz und MitbErgG getroffene Regelung der Mitwirkung, bzw. Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihre Beschränkung auf gewisse Gesellschaftsformen ihren Grund wirklich in den von Kötter und anderen angedeuteten Erwägungen über die persönliche Haftung, das Zusammentreffen von Eigentümer- und Unternehmerfunktion etc. hat, oder ob sie - was wahrscheinlicher ist - letztlich nur auf einem politischen Kompromiss 131), auf einer gewissen Phantasielosigkeit 132) und Bequemlichkeit des Gesetzgebers beruht 133).

Bei der Mehrzahl der einstufigen Unternehmen führt die Beschränkung auf gewisse Gesellschaftsformen wohl in der Tat zu einer Differenzierung i. S. der von Kötter aaO angedeuteten Erwägungen, obwohl auch hier die Unterschiede zwischen Perso-

128) Dietz MitbR S. 17

129) Kötter in der Anm. zu AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG

130) Vgl. oben S. 96 f. und ausserdem Untersuchungen S. 35 ff., 42, 65 ff., Verh. d. 42. DJT Bd. II S. F 13 (Würdinger) u. S. F 69

131) Vgl. oben S. 89 und Würdinger Verh. des 42. DJT Bd. II S. F 13

132) Möhring Verh. des 42. DJT Bd. II S. F 124

133) Krause Verh. des 42. DJT Bd. II S. F 123

nal- und Kapitalgesellschaften angesichts der in der Praxis vielfältig genutzten Möglichkeiten zur freien Ausgestaltung der im Gesetz vorgegebenen Gesellschaftsformen, sowie der ebenfalls häufig angewandten Grundtypenvermischungen keineswegs so gross ist, wie das in der Diskussion um die Mitbestimmung der Arbeitnehmer verschiedentlich dargestellt wird 134).

Für Konzernspitzengesellschaften können die von Kötter aaO als Rechtsgedanken der Mitbestimmung bezeichneten Überlegungen dagegen nur in sehr engen Grenzen Geltung beanspruchen: Konzernspitzengesellschaften werden nur selten von eigenverantwortlichen, persönlich haftenden physischen Rechtsträgern, sondern in aller Regel von juristischen, nur mit ihrem Grundkapital haftenden Personen gebildet. Eigentümer- und Unternehmerfunktionen, Verantwortung und unbeschränkte persönliche Haftung natürlicher Personen werden bei Konzernspitzengesellschaften wohl kaum jemals mit einander in Einklang stehen, gleichgültig welche Rechtsform die Spitzengesellschaft aufweist. Jedenfalls kann man bestimmt nicht sagen, dass die Wahl der Form der Personalgesellschaft unbedingt dafür spricht, dass Eigentümer und Unternehmer eng verbunden oder identisch sind und als natürliche Personen unbeschränkt haften.

Für einstufige Unternehmen mag die Beschränkung des Beteiligungsrechts auf bestimmte Gesellschaftsformen auch deswegen einigermaßen sachgerecht sein, weil Unternehmen, denen ein gewisses Gewicht zukommt, häufig sozusagen zwangsläufig, aus der Natur der Sache heraus, vor allem wegen ihres Kapitalbedarfs, die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft wählen. Bei einstufigen Unternehmen kann mit Hilfe der zunächst zufällig erscheinenden Differenzierung nach der Rechtsform deshalb in vielen Fällen doch eine grundsätzlich richtige Abgrenzung, nämlich nach der Grösse und wirtschaftlichen Bedeutung der Unternehmen, erreicht werden.

Entsprechendes gilt auch für herrschende Unternehmen, die selbst einen unmittelbar der Produktion, dem Handel etc. gewidmeten Geschäftsbetrieb unterhalten. Da diese Unternehmen aber in aller Regel selbst eine grössere Zahl von Arbeitnehmern beschäftigen, spielt für sie die Frage nach der Zurechenbarkeit der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen keine Rolle.

Das Problem der Zurechenbarkeit taucht praktisch nur bei reinen Holdinggesellschaften, d. h. bei Gesellschaften auf, die nicht unmittelbar in der Produktion, im Handel etc. tätig werden, sondern nur mit der Verwaltung und Leitung des Gesamtkonzerns befasst sind und deshalb mit wenigen oder gar ohne eigene Arbeitnehmer auskommen.

134) Vgl. Fischer NJW 54, 1178 und AcP 154, 197 ff.

Für solche Kontrollgesellschaften 135) besteht sehr häufig kein zwingender Anlass, die Form der Kapitalgesellschaft zu wählen; sie können sich oft ebenso gut als KG, oHG oder als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts organisieren. Welche Rechtsform gewählt wird, hängt sehr häufig von steuerlichen Erwägungen ab. In der Regel zwingen weder die als Rechtsgedanken der Mitbestimmung bezeichneten Erwägungen - also Fragen der Haftung, der Einheit zwischen Eigentümer- und Unternehmensfunktion - noch die Grösse und wirtschaftliche Bedeutung des Konzerns zur Organisation der Spitzengesellschaft als Kapitalgesellschaft.

Angesichts dieser Tatsachen erscheint es willkürlich, wenn die Verhältnisse bei den abhängigen Unternehmen bei einer herrschenden Kapitalgesellschaft auf die Fragen der Mitbestimmung von Einfluss sein sollen, bei einer herrschenden Personengesellschaft oder Einzelfirma dagegen nicht. - Warum soll eine von fünf Aktiengesellschaften als gemeinsame Dachgesellschaft gebildete GmbH mit wenigen Arbeitnehmern gezwungen werden, Arbeitnehmer in ihre Organe aufzunehmen, eine genau die gleichen Funktionen ausübende KG mit derselben Arbeitnehmerzahl aber nicht?

Eine gerechte Lösung des Problems der Mitbestimmung in der Konzernspitze lässt sich nur finden, wenn man entweder alle Konzernspitzengesellschaften der Mitbestimmung zugänglich macht oder aber die für das herrschende Unternehmen massgebliche Form der Mitbestimmung allein nach den Verhältnissen des herrschenden Unternehmens beurteilt.

Da der erste Weg zur Zeit nicht gangbar ist, muss man sich im Interesse der Gerechtigkeit für den zweiten entscheiden.

Wer die heutige Regelung der Mitbestimmung in der Konzernspitze nach dem BetrVG für unbefriedigend hält, muss eine Reform der §§ 76, 77 BetrVG anstreben. - Eine solche Reform könnte wirklich sinnvoll aber nur im Rahmen einer allgemeinen Reform des Mitbestimmungs- und Unternehmensrechts erfolgen. Ein "Betriebsverfassungsergänzungsgesetz" nach Art des MitbErgG, d.h. eine Beschränkung auf Kapitalgesellschaften, wäre abzulehnen. Es würde nur zu einer weiteren Differenzierung der ohnehin schon über Gebühr zersplitterten Regelung der verschiedenen Mitbestimmungsgesetze führen, ohne die Konzernprobleme vollständig und gerecht lösen zu können.

Der Erlass des MitbErgG vor einer allgemeinen Lösung der Konzernprobleme lässt sich damit rechtfertigen, dass die durch die Gründung von Holdinggesellschaften drohende Aushöhlung des MitbG ein sofortiges Einschreiten des Gesetzgebers - und sei es auch nur auf einem Teilgebiet - erforderte. Da bei den unter das BetrVG fallenden Unternehmen eine Aushöhlung der Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmer

135) Vgl. Braun v. Stumm S. 20 ff.

der abhängigen Unternehmen dagegen nicht oder nur in relativ geringem Umfang zu befürchten ist, kann hier abgewartet werden bis die Zeit für eine allgemeine Reform der Mitbestimmung reif geworden ist 136).

Der richtige Ansatzpunkt für eine grundlegende Reform liegt m.E. in den Erwägungen der Autoren, die vorschlagen, man solle die Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Organisation der Unternehmen regeln und nicht im Aufsichtsrat, sondern in einem besonderen Organ ansetzen lassen 137).

Die genannten Autoren haben ihre Vorschläge zwar nicht speziell aus konzernrechtlichen Gesichtspunkten gemacht, gerade konzernrechtliche Überlegungen aber zeigen, wie unglücklich es war, die Rechtsformen der Mitbestimmung auf die gesellschaftsrechtliche Organisation der Unternehmen aufzupropfen.

Bis zu einer Reform - sei es des gesamten Mitbestimmungsrechts, sei es der §§ 76, 77 BetrVG - ist daran festzuhalten, dass die Voraussetzungen der Mitbestimmung im herrschenden Unternehmen eines Konzerns sich allein nach den Verhältnissen des herrschenden Unternehmens bestimmen.

Dieser Grundsatz sollte uneingeschränkt gelten. Es erscheint bedenklich, dass das BAG die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen dem herrschenden Unternehmen doch zurechnen will, wenn beim herrschenden Unternehmen "ungeachtet einer bestehenden wirtschaftlichen und betrieblichen Notwendigkeit Arbeitnehmer nicht beschäftigt werden, obwohl ein verständiger Arbeitgeber angesichts des Ausmasses der anfallenden Arbeit solche beschäftigen würde, insbesondere aber dann, wenn eine Beschäftigung in Umgehungsabsicht unterbleibt." 138)

136) Für das MitbErgG erscheint die Beschränkung auf Kapitalgesellschaften auch deshalb verständlich, weil Personalgesellschaften oder Einzelfirmen als herrschende Unternehmen von Montankonzernen praktisch wohl kaum vorkommen. Vgl. Benner ArbUR 57, 33

137) So Hessel BB 50, 371; Molitor Betr. 50, 25 und 35; Hueck Betr. 51, 166 und 185 (ausführlich) - Nikisch Arbeitsrecht 1. Aufl. S. 403 und BB 51, 901; Fischer AcP Bd. 154 S. 112, 197, 227 und Die AG 59, 125; Reinhardt in der Festschrift f. Nipperdey S. 248; Schmidt in Grosskomm. Vorbem. vor § 86; Untersuchungen S. 37, 66 und 58 (S. 58 nur für Konzernspitzengesellschaften); Verhandlungen des 39. DJT S. B 13, 50, 123 und 124 (Reinhardt, Nikisch, Krause und Möhring). Vgl. auch Kunze: Die Reform des Unternehmensrechts S. 38 und Köhler JZ 56, 137

Für Anknüpfung im Aufsichtsrat: Eisser S. 32 und Untersuchungen S. 67
138) Vgl. BAG Beschluss 1 ABR 4/57, Fundstellen im Literaturverzeichnis. Kritik daran üben Kötter AP Nr. 7 zu § 76 BetrVG Anm., Vallenthin SAE 1957 Nr. 102 Anm. und Bobrowski-Gaul S. 500

In der Praxis ist sehr schwer festzustellen, wann bei einem herrschenden Unternehmen eine wirtschaftliche und betriebliche Notwendigkeit zur Beschäftigung eigener Arbeitnehmer vorliegt. Bei der reinen Verwaltungsholding entsprach es schon seit jeher einer verbreiteten und bewährten Übung, die anfallenden Arbeiten durch Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen erledigen zu lassen. Und wenn in Einzelfällen die Beschäftigung eigener Arbeitnehmer wirklich nur aus Umgehungsabsicht unterbleibt, so dürfte dies doch kaum jemals nachzuweisen sein 139).

Die vom BAG befürwortete Ausnahme vom Grundsatz der Nichtzurechenbarkeit gefährdet also nur unnötig die Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, ohne doch zur Verhütung wirklich beabsichtigter Umgehungen entscheidend beitragen zu können.

Abgesehen davon erscheint die Meinung des BAG aber auch innerlich nicht gerechtfertigt:

Wenn man die vom BAG vorgeschlagene Ausnahme anerkennt, müsste man konsequenterweise auch gegen alle anderen Möglichkeiten einer Umgehung der §§ 76, 77 BetrVG einschreiten. Man müsste etwa versuchen, die Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG zu gewährleisten, wenn ein Unternehmen die Rechtsform der Personalgesellschaft nur wählt, um die §§ 76, 77 BetrVG zu umgehen.

Für die GmbH & Co. wird dies heute schon verschiedentlich gefordert 140). Dass man gerade die GmbH & Co. herausgreift, liegt wohl darin begründet, dass hier die Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG noch einigermaßen denkbar erscheint. Man kann etwa unterstellen, dass die GmbH als Trägerin des Unternehmens anzusehen und deshalb - wenn sie zusammen mit anderen an der GmbH und Co. beteiligten Unternehmen mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt - aufsichtsratspflichtig sei.

Wie sollen aber Wahlen von Arbeitnehmervertretern zum Aufsichtsrat durchgeführt werden, wenn ein Unternehmen zur Umgehung des BetrVG z.B. die Rechtsform der oHG, der KG oder der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts wählt, ohne dass eine Gesellschaft vorhanden ist, die als Trägerin des Unternehmens angesehen werden könnte und einen Aufsichtsrat hat oder bilden kann? Soll man solche Unternehmen zwingen, die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft zu wählen? Das liefe in der letzten Konsequenz darauf hinaus, dass bei jeder Neugründung oder Umwandlung, ja sogar bei allen schon bestehenden Personalgesellschaften oder Einzelfirmen geprüft werden müsste, ob die Rechtsform der Personalgesellschaften oder Einzelfirma nicht nur zur Umgehung des BetrVG gewählt oder beibehalten wird, obwohl an sich nach betrieblichen, wirtschaftlichen, gesellschaftsrechtlichen oder sonstigen Gegebenheiten die Rechtsform der Kapitalgesellschaft angemessen wäre 141).

139) Vgl. Vallenthin aaO

140) Hueck GmbHGes. Schlussanhang I Anm. 1 E; Schmidt in Hachenburg § 52 Anh. I Anm. 6 m.w.N.

141) Für Kontrollen im Falle der Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Per-

Es braucht wohl nicht näher dargelegt werden, dass derartige Erwägungen - zu Recht - keine Aussicht haben, verwirklicht zu werden, jedenfalls nicht in absehbarer Zeit. Es wird also weiterhin zulässig sein, dass die Unternehmen ihre Rechtsform frei wählen können. Solange es aber verschiedenen Unternehmen möglich bleibt, die Anwendung der §§ 76, 77 BetrVG dadurch zu verhindern, dass sie sich als Personalgesellschaft organisieren, erscheint es auch nicht berechtigt, anderen Unternehmen zu verbieten, das gleiche Ziel dadurch erreichen zu wollen, dass sie keine Arbeitnehmer beschäftigen.

Fortsetzung der Fussnote 141)

sonalgesellschaften Benner ArbuR 57, 33. Benner schlägt vor, man solle solche Umwandlungen nur mit Genehmigung einer neutralen Stelle zulassen. Ähnlich aber nicht so weitgehend v. Köhler BB 53, 776 und Kunze ArbuR 56, 226.

3. KAPITEL

Zur Anwendung des § 76 Abs. 2 Satz 2 und 3 im Rahmen des § 76 Abs. 4 BetrVG

A. Das Problem

§ 76 II 2, 3 BetrVG bestimmt, dass mindestens zwei der zu wählenden Arbeitnehmervertreter als Arbeitnehmer in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein müssen. Als weitere Arbeitnehmervertreter - also wenn der Aufsichtsrat aus mehr als sechs Mitgliedern besteht - können auch unternehmensfremde Personen, etwa Gewerkschaftsfunktionäre, gewählt werden.

Im allgemeinen besteht über die Auslegung des § 76 II 2, 3 Einigkeit. Bestritten ist jedoch, ob und wie § 76 II 2, 3 bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eines Konzerns anzuwenden ist. Sollen zwei Arbeitnehmermandate zwingend den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens vorbehalten sein oder sind bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens auch Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen unbeschränkt als Arbeitnehmervertreter wählbar? 1) Hierzu werden im wesentlichen drei Meinungen vertreten.

B. Die verschiedenen Meinungen

- I. Für die uneingeschränkte Wahlbarkeit der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens.

Nach einer ziemlich verbreiteten Ansicht sollen die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Wählbarkeit zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens völlig gleichstehen 2). Zur Begründung verweist man auf den Wortlaut, vor allem aber den Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG:

-
- 1) Dass Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen neben zwei Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens in den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens gewählt werden können, ist unbestritten. Unbestritten ist auch das uneingeschränkte aktive Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen.
 - 2) Dietz § 76 Anm. 57 und 62, JZ 55, 178, Festschrift S. 697, MitbR S. 16; Fi-Kr § 76 Anm. 70 und 76, Vorbem. zu § 31 WO Anm. 6 b; Fitting BARBl 55, 143, AR-Blattei D XV B II 2; Galperin § 76 Anm. 37; Nipperdey Lehrbuch II S. 890; Maus § 76 Anm. 17, 31, 19; Radke ArbuR 58, 166; v. Winterfeld ArbuR 56, 202; Kunkel S. 808; Bergmann NJW 53, 83; v. Köhler BB 53, 563;

1) Wortlaut.

§ 76 IV gebe den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen ein Recht zur Teilnahme an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens. Unter die Teilnahme an der Wahl falle nicht nur die Stimmabgabe, sondern die Beteiligung am gesamten Wahlvorgang. Auch wer gewählt werde, nehme an der Wahl teil 3). Ja von wirklicher Teilnahme könne überhaupt nur gesprochen werden, wenn die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen denen des herrschenden Unternehmens völlig gleichstünden. In die gleiche Richtung deute auch die Überschrift des 5. Abschnittes des BetrVG 4). § 76 II 2, 3 stehe dieser Auslegung des § 76 IV nicht entgegen. § 76 IV sei gegenüber § 76 II 2, 3 eine selbständige Sondernorm für Konzerne 5). Er stelle als *lex specialis* die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen denen des herrschenden Unternehmens gleich 6). § 76 II 2, 3 sei im Rahmen des § 76 IV überhaupt nur entsprechend anwendbar. Eine direkte Anwendung scheitere daran, dass die Tatbestände der Absätze 2 und 4 des § 76 sich gerade in dem wesentlichen Punkt unterschieden. Abs. 2 gehe davon aus, dass nur Arbeitnehmer eines Unternehmens, Abs. 4, dass Arbeitnehmer mehrerer Unternehmen sich an der Wahl beteiligten. Es sei daher nicht möglich, den Abs. 2 im Rahmen des Abs. 4 so auszulegen, dass für zwei Arbeitnehmersitze nur Angehörige eines Unternehmens in Frage kommen könnten und dass dieses das herrschende sein müsse. Im Rahmen des § 76 IV müsse man deshalb in § 76 II statt "Betrieb des Unternehmens" "Betrieb der Unternehmen" lesen 7).

2) Sinn und Zweck.

Ein Konzern sei wirtschaftlich eine Einheit. Im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens würden die entscheidenden Beschlüsse auch für die abhängigen Unter-

Fortsetzung der Fussnote 2)

v. Schenck BB 53, 1069; Schilling RdA 54, 446; Kunze ArbUr 58, 295; Eberl S. 119 ff; Groothoff S. 118 ff; ArbG Hamburg AP 1954 I Nr. 115 = Betr. 54, 372 (1. Instanz zu BAG 1, 166); LAG Frankfurt/M. Beschluss v. 17.12.1958 II LBR 1/58 Betr. 59, 208; anscheinend auch Huber I S. 562; Herold NJW 55, 722; Schultze-Schlutius S. 72. Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 d befürwortet das uneingeschränkte passive Wahlrecht für Arbeitnehmer organschaftlich beherrschter Unternehmen, ähnlich FrFrWa S. 34. FrFrWa wollen den Arbeitnehmern abhängiger Unternehmen das volle passive Wahlrecht zugestehen, wenn die Selbständigkeit der abhängigen Unternehmen rein formal ist.

3) Radke ArbUr 58, 166; Eberl S. 120; Maus § 76 Anm. 16, 17

4) ArbG Hamburg aaO

5) v. Köhler aaO

6) v. Schenck, v. Winterfeld aaO

7) Eberl S. 121

nehmen gefällt. Der Sinn des § 76 IV sei es deshalb, die juristische Aufspaltung des Konzerns hinter seine wirtschaftliche Einheit zurücktreten zu lassen. Im Rahmen der wirtschaftlichen Einheit Konzern stünden die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen nicht anders da als die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens 8). § 76 II 2, 3 wolle nur unternehmensfremde Funktionäre, nicht aber die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen von der Wählbarkeit für die beiden "ersten" Plätze im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens ausschließen 9). Für die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen spreche auch, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen wegen der räumlichen Entfernung vom herrschenden Unternehmen dessen Kandidaten vielfach gar nicht kennen würden 10) und dass sich beim herrschenden Unternehmen - besonders bei Holdinggesellschaften ohne oder mit wenig Arbeitnehmern - eventuell keine, nicht genügend oder keine geeigneten Kandidaten finden würden 11).

II. Gegen die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens.

Nach einer anderen, etwa gleich häufig vertretenen Ansicht sind Arbeitnehmer abhängiger Konzernunternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nur als dritte und weitere Arbeitnehmervertreter wählbar. Zwei Sitze im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens sollen den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens vorbehalten sein 12). Zur Begründung wird ebenfalls auf den Wortlaut des Gesetzes, vor allem aber auf den Sinn des § 76 II 2, 3 verwiesen.

1) Wortlaut

§ 76 II 2, 3 schreibe vor, dass mindestens zwei Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat als Arbeitnehmer in einem Betrieb des Unternehmens beschäftigt sein müssten. Die abhängigen Unternehmen seien weder Betriebe des herrschenden Unternehmens,

8) Dietz, Fi-Kr. ArbG Hamburg aaO, Groothoff S. 126, 128, 131

9) v. Köhler, ArbG Hamburg aaO, Eberl S. 122

10) v. Schenck aaO

11) v. Köhler aaO

12) Hueck AktG Anh. nach § 86 Anm. 3 C; Hueck GmbHGes Schlussanh. Anm. 6 A c; Hueck AR-Blattei D XV Anm. zu Entscheidung 4; Erdmann § 76 Anm. 9; Loos BB 53, 951; Franke Betr. 54, 306; Neumann-Duesberg ZHR 118, 55; Froehlich-Wagner BB 55, 228; Goebel S. 143 ff; Osswald BlfStR 55, 237 und Anm. zu SAE 1955 Nr. 35; Haussmann Anm. zu SAE 1954 Nr. 15; ArbG Frankfurt/M. Betr. 53, 1094 = BB 54, 27 und 192; LAG Frankfurt/M. BB 54, 686, LAG Hamburg BB 54, 657 (2. Instanz zu BAG 1, 166 bzw. 1, 182); FrFrWa S. 34; Kötter MitbErgG § 14 Anm. 4 d. Bez. FrFrWa und Kötter vgl. aber oben Anm. 2.

noch seien die Betriebe der abhängigen Unternehmen Betriebe des herrschenden Unternehmens. Die abhängigen Unternehmen seien mit dem herrschenden Unternehmen nicht identisch, sondern rechtlich selbständige Einheiten. Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen erfüllten deshalb für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens die Voraussetzungen des § 76 II 2, 3 nicht 13).

§ 76 IV gewähre den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen zwar ein Recht zur Teilnahme an den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens, damit sei aber nicht gesagt, dass sie auch uneingeschränkt wählbar seien. § 76 IV wolle die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen denen des herrschenden Unternehmens nur bezüglich des aktiven Wahlrechts gleichstellen. Bezüglich des passiven Wahlrechts bleibe es bei der Vorschrift des § 76 II 2, 3. Dies folge einmal aus der Bedeutung die dem Passus "nehmen an der Wahl teil" nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukomme 14) und ausserdem aus der Tatsache, dass § 76 IV Satz 2 nur das aktive Wahlrecht betreffe 15). Wenn der Gesetzgeber wirklich die Absicht gehabt hätte, den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen auch das volle passive Wahlrecht zu verleihen, d.h. den § 76 II 2, 3 insoweit ausser Kraft zu setzen, hätte er diese Absicht - so meint man - sicher klarer zum Ausdruck gebracht 16).

2) Sinn und Zweck.

§ 76 II 2, 3 wolle gewährleisten, dass mindestens ein, bzw. zwei Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat mit dem Unternehmen und seiner Belegschaft eng verbunden und mit ihren Verhältnissen und Belangen vertraut sei. Die Verbindung der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen zum herrschenden Unternehmen sei nicht so eng wie die der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen seien meist weder über die Verhältnisse des herrschenden Unternehmens noch des Gesamtkonzerns unterrichtet 17). Die betrieblichen Verhältnisse der abhängigen Unternehmen aber kämen im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nur wenig oder nie zur Sprache 18).

Die geforderte "Gleichstellung" aller Arbeitnehmer des Konzerns bedeute in Wahrheit eine einseitige Bevorzugung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen.

13) Loos, Erdmann, Haussmann, Franke, Hueck, FrFrWa, ArbG Frankfurt, LAG Hamburg aaO

14) Loos, LAG Hamburg, ArbG Frankfurt aaO

15) ArbG Hamburg aaO

16) Loos, ArbG Frankfurt aaO

17) Loos, Hueck, Erdmann, Froehlich-Wagner, Neumann-Duesberg, FrFrWa, ArbG Frankfurt, LAG Hamburg aaO

18) Hueck-AR-Blattei D XV Anm. zu Ents. 4

Die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens könnten nämlich nur Vertreter in ihren eigenen Aufsichtsrat wählen, die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen aber u. U. in ihren eigenen und den des herrschenden Unternehmens 19); wenn ihre Zahl grösser sei als die der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens könnten sie diese von der Vertretung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens sogar völlig ausschliessen. Eine solche Majorisierung sei besonders unerfreulich, wenn zwischen den Arbeitnehmern des herrschenden und der abhängigen Unternehmen ein Interessengegensatz bestehe 20).

Ferner sei es zweckmässig, wenn die Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens am Sitz des herrschenden Unternehmens beschäftigt seien: einmal um Zeitverlust und unnötige Reisekosten zu vermeiden, und zum anderen um den Aufsichtsratsmitgliedern die Ausübung ihrer Tätigkeit ausserhalb der Sitzungen des Aufsichtsrates zu erleichtern 21).

Dass sich beim herrschenden Unternehmen u. U. keine geeigneten Kandidaten finden liessen, sei kein Grund, auf die Anwendung des § 76 II 2, 3 zu verzichten. Ein derartiger Mangel könne auch sonst bei Unternehmen mit kleiner Belegschaft auftreten 22).

III. Die Meinung des BAG.

Das BAG hat in zwei Beschlüssen 23) - leider ohne sich mit den beiden oben dargestellten Auffassungen auseinanderzusetzen - eine dritte, vermittelnde Lösung vertreten.

§ 76 II 2, 3 beinhalte keine allgemeine Beschränkung der Wählbarkeit, sondern schaffe nur besondere Wählbarkeitsvoraussetzungen für die beiden ersten Plätze der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat. Aus dem Zusammenhang des Wortlauts von § 76 II 2, 3 und § 76 IV 1 allein könne nicht eindeutig entnommen werden, ob und inwieweit die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen des Abs. 2 Satz 2 und 3 vom Begriff der Teilnahme im Sinne des Abs. 4 Satz 1 erfasst würden. Dieser Begriff sei deshalb durch Auslegung nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu ermitteln.

Die Teilnahme der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen an den Wahlen zum

19) Hueck AR-Blattei aaO, Loos, Froehlich-Wagner, Haussmann aaO

20) Haussmann, LAG Hamburg, ArbG Frankfurt aaO

21) Hueck AR-Blattei aaO

22) Loos aaO

23) 1 ABR 24/54 und 1 ABR 23/54 = AP Nr. 2 und 3 zu § 76 BetrVG. Weitere Fundstellen im Literaturverzeichnis. Der Beschluss 1 ABR 24/54 stützt sich auf die oben skizzierten Gründe, der Beschluss 1 ABR 23/54 bringt nichts Neues, sondern stellt nur fest, dass an den Grundsätzen des ersten Beschlusses festgehalten wird.

Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens erfolge im Hinblick auf die Bedeutung der Entscheidungen dieses Aufsichtsrates für das Schicksal der abhängigen Unternehmen. Die Auslegung des Begriffes Teilnahme an der Wahl dürfe nicht dazu führen, dass die Arbeitnehmer in den Betrieben des herrschenden oder der abhängigen Unternehmen durch die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 76 II 2, 3 ausgeschlossen würden. Ein solcher Ausschluss in dem einen oder anderen Sinn widerspreche dem Begriff der Teilnahme an der Wahl.

Für die Berücksichtigung der Konzernlage gebe § 76 II 2, 3 einen allgemeinen Hinweis. Diese Vorschrift führe einen Ausgleich zwischen dem Platzrecht der im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern und anderen Personen herbei. Eine entsprechende Beteiligungsordnung müsse auch dem § 76 IV Satz 1 in Verbindung mit Absatz 2 Satz 2 und 3 entnommen werden. Sie müsse die natürliche Konzernlage berücksichtigen und dürfe nicht zum Ausschluss der einen oder der anderen Arbeitnehmergruppe führen. - Aus der Konzernlage gebühre den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens naturgemäss ein gewisser Vorrang. Sei nur ein Arbeitnehmervertreter zu wählen, so müsse dieser daher in einem Betrieb des herrschenden Unternehmens selbst tätig sein, weil im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens in erster Linie ein Arbeitnehmer aus dem herrschenden Unternehmen sitzen müsse. - Wenn zwei oder mehr Arbeitnehmervertreter zu wählen seien, so gebühre der erste Platz einem Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, der zweite Platz einem Arbeitnehmer der beherrschten Unternehmen. Die folgenden Plätze stünden den Kandidaten zu, welche die höchste Stimmenzahl erreichten. Dabei sei zu berücksichtigen, dass für die beiden ersten Plätze der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat auch dem Erfordernis Rechnung getragen werden müsse, dass unter den beiden ersten Arbeitnehmervertretern der eine ein Arbeiter, der andere ein Angestellter sein müsse; denn insofern erfahre der Rechtsgedanke des § 76 II 2, 3 durch die Konzernlage keine Veränderung.

C. Eigene Stellungnahme

I. Wortlaut und Zusammenhang der Absätze 2 und 4 des § 76 BetrVG.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 76 II 2, 3 sind ein Platz, bzw. zwei Plätze im Aufsichtsrat zwingend den Arbeitnehmern der Betriebe des Unternehmens vorbehalten, um dessen Aufsichtsrat es sich jeweils handelt. Arbeitnehmer aus einem abhängigen Unternehmen erfüllen für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens die Voraussetzungen des § 76 II 2, 3 nicht. Die von Loos, Hueck u. a. in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente sind überzeugend 24). Be-

sonders stichhaltig ist der Hinweis von Loos aaO, dass aus dem BetrVG selbst, nämlich aus § 76 IV, klar hervorgeht, dass das BetrVG zwischen dem herrschenden und den abhängigen Unternehmen, sowie zwischen den Betrieben des herrschenden und der abhängigen Unternehmen streng unterscheidet. Loos betont zu Recht, dass § 76 IV überflüssig wäre, wenn man - wie verschiedentlich behauptet - einen Konzern als ein einheitliches Unternehmen ansehen könnte.

Aus einer isolierten Betrachtung des § 76 II 2, 3 kann deshalb nur der Schluss gezogen werden, dass Arbeitnehmer aus den abhängigen Unternehmen für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens wohl als dritter und weiterer Arbeitnehmervertreter wählbar sind, dass ein bzw. zwei Vertreter der Arbeitnehmer jedoch zwingend aus dem herrschenden Unternehmen stammen müssen.

Die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens liesse sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nur rechtfertigen, wenn § 76 IV die nach § 76 II 2, 3 geltende Rechtslage abänderte. Allein aus der wirtschaftlichen Einheit der Konzernunternehmen - und sei sie noch weitgehend - lässt sich ein uneingeschränktes passives Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nicht herleiten; denn die wirtschaftliche Einheit der Konzernunternehmen hat der Gesetzgeber schon berücksichtigt. Sie ist der innere Grund für die Schaffung des § 76 IV BetrVG. Folgerungen die über die Bestimmungen des § 76 IV hinausgehen, können mit der wirtschaftlichen Einheit der Konzernunternehmen deshalb nicht gerechtfertigt werden.

Warum im Rahmen des § 76 IV von vornherein keine direkte, sondern nur eine analoge Anwendung des § 76 II 2, 3 möglich sein soll - wie Eberl 25) meint -, ist nicht recht ersichtlich. § 76 II spricht zwar nur von einem Unternehmen, während im Falle des § 76 IV die Arbeitnehmer mehrerer Unternehmen an der Wahl beteiligt sind, aber auch bei § 76 IV handelt es sich nur um die Wahl des Aufsichtsrates eines, nämlich des herrschenden Unternehmens und es ist nicht einzusehen, warum es unmöglich sein sollte, einen bzw. zwei Sitze im Aufsichtsrat dieses Unternehmens allein mit Arbeitnehmern aus dem herrschenden Unternehmen zu besetzen.

Es ist für die Auslegung des § 76 IV auch wenig erreicht, wenn man behauptet, § 76 IV sei gegenüber § 76 II 2, 3 eine *lex specialis*, welche die Anwendung des § 76 II 2, 3 im Rahmen des § 76 IV ausschliesse, bzw. die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen denen des herrschenden gleichstelle. Denn dieses Argument ist eine leere Behauptung, eine *petio principii* 26).

Ausdrücklich ausgeschlossen wurde § 76 II 2, 3 im Rahmen des § 76 IV nicht. Ja

25) vgl. oben S. 111

26) Eberl S. 116

§ 76 IV bringt nicht einmal einen Hinweis auf § 76 II, obwohl man dies - falls § 76 II 2, 3 wirklich ausgeschlossen werden sollte - eigentlich erwarten müsste 27). Denn die völlige Gleichstellung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen mit denen des herrschenden Unternehmens bezüglich des passiven Wahlrechts zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens wäre immerhin neu und ungewöhnlich gewesen 28).

Dennoch ist § 76 IV Satz 1 auf die Feststellung beschränkt, dass die Arbeitnehmer der Betriebe der abhängigen Unternehmen an der Wahl der Vertreter der Arbeitnehmer für den Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens teilnehmen und § 76 IV Satz 2 betrifft eine lediglich das aktive Wahlrecht betreffende Frage. All dies deutet darauf hin, dass die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen bei den Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens zwar das uneingeschränkte aktive Wahlrecht haben sollen, dass es bezüglich des passiven Wahlrechts aber bei der Regelung des § 76 II 2, 3 bleiben soll. - Die Regelung des § 76 IV Satz 2 wird eigentlich nur unter diesem Gesichtspunkt recht verständlich. Denn wenn die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen immer einen Kandidaten aus ihren Reihen wählen könnten, wäre das umständliche Wahlmännerverfahren vielfach unnötig; die Wahl könnte dann genauso gut oder besser unmittelbar erfolgen.

Man muss den Vertretern der Gegenmeinung aber zubilligen, dass der Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt zu der hier vorgeschlagenen Auslegung zwingt. Die Formulierung "nehmen auch die Arbeitnehmer der Betriebe der abhängigen Unternehmen teil" könnte auch bedeuten, dass den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen auch das passive Wahlrecht uneingeschränkt zustehen soll. § 76 IV Satz 2 ändert daran nichts, denn er braucht nicht unbedingt in einem inneren Zusammenhang mit § 76 IV Satz 1 zu stehen.

Angesichts des nicht eindeutigen Wortlautes muss sich die Auslegung am Sinn und Zweck des Gesetzes orientieren. Dies darf aber nicht soweit führen, dass man den Boden des Gesetzes völlig verlässt, jedenfalls nicht ohne wirklich zwingende Gründe.

Die vom BAG entwickelte Kompromisslösung ist deshalb nicht haltbar. Sie ist weder mit dem Wortlaut des Gesetzes zu vereinbaren, noch ergibt sie sich aus zwingenden Erwägungen der Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit:

27) Loos, ArbG Frankfurt aaO

28) Das MitbErgG wurde erst später geschaffen. Es stellt zwar die Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen völlig gleich, geht aber von einem viel engeren Konzernbegriff aus als § 76 IV BetrVG und ist im Gegensatz zu § 76 IV auf reine Holdinggesellschaften zugeschnitten. Vgl. in diesem Zusammenhang oben S. 94 und unten S. 123 f.

Es mag nach dem Wortlaut des § 76 BetrVG zweifelhaft sein, ob ein bzw. zwei Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens unter allen Umständen in einem Betrieb des herrschenden Unternehmens beschäftigt sein müssen. Dass aber der zweite der zu wählenden Arbeitnehmervertreter dem herrschenden Unternehmen überhaupt nicht angehören darf, geht aus dem Wortlaut des Gesetzes unter keinen Umständen hervor 29). Aus dem Wortlaut des Gesetzes lässt sich auch nicht herleiten, dass schon unter den "ersten" beiden Arbeitnehmervertretern ein Arbeiter und ein Angestellter sein muss. Das Gesetz schreibt nur vor, dass - falls zwei oder mehr Arbeitnehmervertreter zu wählen sind - darunter ein Arbeiter und ein Angestellter sein muss. Es bestimmt aber nicht, dass schon die beiden "ersten" Vertreter sämtliche Voraussetzungen des § 76 II 2, 3 erfüllen müssen. Überhaupt ist die Einteilung in "erste", "zweite" usw. Arbeitnehmervertreter problematisch 30).

Ausserdem führt die vom BAG vorgeschlagene Verteilung der Sitze in allen Fällen, in denen die Arbeitnehmerzahl des herrschenden und des abhängigen Unternehmens nicht gleich, sondern unterschiedlich ist, zu einer Verletzung des durch § 76 II Satz 1 statuierten Grundsatzes der gleichen Wahl und zu ungerechten Ergebnissen. Wenn das herrschende Unternehmen z.B. 3000 und das abhängige 100 Arbeitnehmer beschäftigt und beiden Belegschaften zwingend je ein Sitz im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens eingeräumt wird, dann kann jeder Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens einen dreissig Mal grösseren Einfluss ausüben als ein Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens 31).

Aus all diesen Gründen wurde die vermittelnde Lösung des BAG in der Literatur nahezu einhellig abgelehnt 32). Mit dem Wortlaut des Gesetzes sind nur die oben I. und II. dargestellten Meinungen vereinbar.

29) Hueck AR-Blattei aaO

30) Schunck NJW 55, 700

31) Hueck AR-Blattei aaO

32) Hueck aaO, insbes. AR-Blattei aaO; Dietz § 76 Anm. 57 und JZ 55, 178; Nipperdey Lehrbuch II S. 890 Anm. 30; Froehlich und Wagner BB 55, 228; Osswald SAE 1955 Anm. zu Nr. 35 und BfStR 55, 237; Schunck NJW 55, 700; Radke ArbUR 58, 165; Kunkel S. 108; Groothoff S. 134 ff; Fitting BARbI 55, 143; Fi-Kr § 76 Anm. 77; Galperin § 76 Anm. 37; Maus § 76 Anm. 19

Ohne Stellungnahme Kauffmann Betr. 55, 1164 und Bobrowski - Gaul S. 499

Zustimmend nur Krüger RdA 55, 244. Vgl. auch Rasch S. 133 f.

Wenn die vom BAG aufgestellten Grundsätze nicht beachtet werden, ist die Wahl innerhalb von 14 Tagen nach Bekanntgabe des Wahlergebnisses anfechtbar. Vgl. Kauffmann Betr. 55, 1164; Froehlich-Wagner BB 55, 228; Osswald BfStR 55, 237.

II) Sinn und Zweck des Gesetzes.

Die Gegner des uneingeschränkten passiven Wahlrechts der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen berufen sich auf Sinn und Zweck des § 76 II 2, 3 seine Befürworter auf Sinn und Zweck des § 76 IV BetrVG.

Sinn und Zweck des § 76 II 2, 3 sind im wesentlichen klar. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass ein bzw. zwei Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat mit dem Unternehmen und seiner Belegschaft eng verbunden und mit den Verhältnissen des Unternehmens sowie den Belangen seiner Arbeitnehmer vertraut sind. - Manchem, der bei der Schaffung des BetrVG für die Regelung des § 76 II 2, 3 eingetreten ist, ging es vielleicht wirklich in erster Linie nur um den Ausschluss unternehmensfremder Funktionäre; dieser "Hintergedanke" hat aber im Gesetz jedenfalls keinen Ausdruck gefunden. Die besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 76 II 2, 3 sind ganz allgemein gehalten. Sie richten sich nicht nur gegen unternehmensfremde Funktionäre, sondern gegen alle, die nicht Arbeitnehmer in einem Betrieb des Unternehmens sind. Denn alle diese Personen stehen zum herrschenden Unternehmen nicht in dem durch § 76 II 2, 3 vorausgesetzten besonders engen Vertrauensverhältnis.

Auf die räumliche Beziehung des herrschenden und der abhängigen Unternehmen kann man demgegenüber kein allzu grosses Gewicht legen. Denn erstens ist nicht gesagt, dass das herrschende und die abhängigen Unternehmen an verschiedenen Orten liegen müssen und zweitens spricht die eventuelle räumliche Entfernung der Unternehmen teils für, teils gegen ein uneingeschränktes passives Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen:

Es ist zwar richtig, dass die Beschäftigung am Sitz des herrschenden Unternehmens Zeitverlust und Reisekosten erspart und den Arbeitnehmervvertretern die Teilnahme an den Sitzungen des Aufsichtsrates und die Fühlungnahme mit der Unternehmensleitung erleichtert, andererseits muss man aber zugeben, dass der Kontakt und das Vertrauen zwischen Wählern und Kandidaten bzw. Gewählten in aller Regel wohl einfacher und besser herzustellen und zu erhalten wäre, wenn die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen statt der Kandidaten aus dem u. U. weit entfernten herrschenden Unternehmen Persönlichkeiten aus ihren Reihen wählen könnten 33).

Über den Sinn und Zweck des § 76 IV besteht keine Einigkeit: Nach dem Bericht des Ausschusses für Arbeit 34) soll § 76 IV für die Wahlen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens die Wahlberechtigung auf die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen erstrecken, weil die Tätigkeit des Aufsichtsrates des herr-

33) v. Schenck aaO

34) vgl. oben S. 80

schenden Unternehmens auch von wesentlicher Bedeutung für die Gestaltung des Schicksals des abhängigen Unternehmens sei. Selbst wenn man diese Äußerung als authentische Interpretation des Gesetzgebers ansehen will, ist für die Entscheidung der hier behandelten Streitfrage wenig gewonnen. Es bleibt unklar, ob der Gesetzgeber die Bedeutung des Aufsichtsrats des herrschenden Unternehmens für so wesentlich gehalten hat, dass er die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens völlig gleichstellen wollte.

Wenn man den Sinn des § 76 IV BetrVG statt nach den Äußerungen des Gesetzgebers nach den möglichen Auswirkungen der Regelung in der Praxis beurteilt, muss man eine völlige Gleichstellung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ablehnen.

Die Vertreter der Gegenmeinung überschätzen den Einfluss der Konzernbindung auf die Selbständigkeit der abhängigen Unternehmen und damit auch die Berechtigung der von ihnen geforderten Einheitsbetrachtung.

Dasselbe Problem wurde bereits oben im 2. Kapitel behandelt. Es kann deshalb weitgehend auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden 35).

Angesichts der keineswegs völlig aufgehobenen unternehmerischen Selbständigkeit der Organe der abhängigen Unternehmen erscheint es insbesondere nicht gerechtfertigt, den Arbeitnehmern der abhängigen Unternehmen das volle passive Wahlrecht nur deshalb zuzugestehen, um allein in ihrem Interesse beim herrschenden Unternehmen einen Aufsichtsrat zu bilden, bzw. auch mit Arbeitnehmern besetzen zu können 36).

Aber auch sonst ist eine völlige Gleichstellung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen mit denen des herrschenden Unternehmens nicht angebracht:

Der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens ist nicht der "Brennpunkt des konzerneinheitlichen Mitbestimmungsrechts" 37), sondern hat sich in erster Linie mit Fragen des herrschenden Unternehmens zu beschäftigen. Probleme der abhängigen Unternehmen interessieren ihn in der Regel nur insoweit, als sie die Interessen des herrschenden Unternehmens berühren. Bei arbeitsrechtlichen und sozialpolitischen Fragen, die für die Arbeitnehmervertreter meist im Vordergrund stehen, ist dies

35) vgl. oben S. 98 ff.

36) a. A. v. Köhler aaO und anscheinend auch Groothoff S. 126

37) So jedoch Galperin § 76 Anm. 37 unter Berufung auf Neumann-Duesberg ZHR 118, 51. Neumann-Duesberg lehnt aaO S. 55 das uneingeschränkte passive Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen ab, obwohl er den Aufsichtsrat des h. U. für den Brennpunkt des konzerneinheitlichen Mitbestimmungsrechts hält.

nur selten der Fall 38). Arbeitnehmervertreter aus den abhängigen Unternehmen könnten ihrer Aufgabe also nicht so gerecht werden, wie Arbeitnehmer aus dem herrschenden Unternehmen. Denn die Verhältnisse des herrschenden Unternehmens sind ihnen naturgemäss nicht so vertraut, wie den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens und ihre Kenntnis der Verhältnisse ihres eigenen, des abhängigen Unternehmens, können sie für ihre Tätigkeit im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nur selten fruchtbar machen. Sie mögen zwar versuchen, die Verhältnisse des herrschenden Unternehmens zu studieren, dürften dabei aber wohl nie den Grad des Vertrautseins und Vertrauens erreichen, der den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens aus der Beschäftigung im herrschenden Unternehmen und dem täglichen Kontakt mit seinen Arbeitnehmern zufliesst 39).

Es ist zwar richtig, dass im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens u. U. auch Fragen entschieden werden, die den gesamten Konzern, also das herrschende und die abhängigen Unternehmen in gleicher Weise betreffen; es trifft in der Regel wohl auch zu, dass die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens in die Probleme des Gesamtkonzerns meist genau so wenig eingeweiht sind, wie die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen 40); bei der Entscheidung der eigentlichen Konzernfragen ist der Einfluss der Arbeitnehmer aber ohnehin meist nur von geringer Bedeutung 41).

Soweit die Arbeitnehmer bei der Lösung der eigentlichen Konzernfragen wirklich entscheidend mitwirken können, dürfte sich für die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen kaum jemals ein Nachteil ergeben, wenn sie die Wahrnehmung ihrer Interessen ihren Kollegen aus dem herrschenden Unternehmen anvertrauen. Denn in der überwiegenden Mehrzahl der Konzerne kann von einem Interessengegensatz zwischen den Arbeitnehmern des herrschenden und der abhängigen Unternehmen keine Rede sein 42). Wo dennoch ein solcher Gegensatz besteht, können die Arbeitnehmer aus dem herrschenden Unternehmen doch wohl nie einen gegen die Interessen der abhängigen Unternehmen verstossenden Beschluss herbeiführen, es sei denn sie würden von den Vertretern der Anteilseigner unterstützt. Und wenn diese darauf

38) Hueck AR-Blattei aaO

39) A. A. Eberl S. 124. Vgl. auch Schmidt in Grosskomm. Vorbem. vor § 86. W. Schmidt ist ganz allgemein der Ansicht, dass die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wegen mangelnder Sachkunde "eine unglückliche Rolle" spielen. Mag dies bei einstufigen Unternehmen übertrieben sein, bei Arbeitnehmern eines abhängigen Unternehmens im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens wird es nur allzu leicht zutreffen.

40) Eberl S. 123

41) Hueck AR-Blattei aaO

42) Hueck AR-Blattei aaO

ausgehen sollten, die Belange des herrschenden Unternehmens auf Kosten der abhängigen zu fördern, könnten auch Arbeitnehmervertreter aus den abhängigen Unternehmen sie daran nicht hindern.

Aus all diesen Gründen ist es angebracht, den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens bei den Wahlen zum Aufsichtsrat ihres Unternehmens einen gewissen Vorrang einzuräumen. Dass auch das BAG diese Vorrangstellung ausdrücklich anerkannt hat, ist der richtige Grundgedanke der oben 43) zitierten Entscheidung und ihr Vorzug gegenüber der Anerkennung des uneingeschränkten passiven Wahlrechts der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen. Grundsätzlich richtig ist auch das in der Entscheidung deutlich werdende Streben nach einem gerechten Ausgleich der Interessen der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen.

Das BAG übersieht jedoch, dass die Beachtung der besonderen Wählbarkeitsvoraussetzungen des § 76 II 2, 3 im Rahmen des § 76 IV keineswegs zu einem mit dem Begriff der Teilnahme nicht zu vereinbarenden völligen Ausschluss der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen führt, sondern ihnen durchaus hinreichende, der natürlichen Konzernlage angemessene Möglichkeiten zur Wahrung ihrer Interessen belässt:

Die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen können - sofern ihr Unternehmen unter die §§ 76, 77 BetrVG fällt - 44) Vertreter in den Aufsichtsrat ihres Unternehmens wählen und durch sie ihre Interessen beim herrschenden Unternehmen wahren lassen.

Ausserdem können sie - wenn der Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens aus mehr als sechs Mitgliedern besteht - als dritte, vierte und weitere Arbeitnehmervertreter Persönlichkeiten ihres Vertrauens wählen.

Auf jeden Fall haben sie es aber in der Hand, ihre Stimme den Kandidaten des herrschenden Unternehmens zu geben, von denen sie erwarten können, dass sie auch die Interessen der abhängigen Unternehmen entsprechend berücksichtigen werden.

Die beiden letztgenannten Möglichkeiten dürften allerdings nur dann eine wesentliche Rolle spielen, wenn die Belegschaft der abhängigen Unternehmen grösser ist als die des herrschenden Unternehmens. Aber auch das volle passive Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen könnte wohl nur in diesen Fällen bedeutsam werden.

Die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens haben demgegenüber keinen Einfluss auf die Zusammensetzung des Aufsichtsrates der abhängigen Unternehmen

43) S. 114 ff.

44) vgl. oben 2. Kapitel Anm. 122

und - in dem hier praktisch allein interessierenden Fall, dass ihre Zahl kleiner ist als die der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen - wohl auch sonst keine Möglichkeit, ihre Stimmen wirksam zur Geltung zu bringen.

Schon die Kompromisslösung des BAG benachteiligt also die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens. Erst recht gilt dies natürlich für die Forderung nach uneingeschränktem passiven Wahlrecht der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen. Ihre Anerkennung würde es in vielen Fällen mit sich bringen, dass die Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens vom Aufsichtsrat ihres Unternehmens völlig ausgeschlossen würden. Die Erfahrung zeigt nämlich, dass die Arbeitnehmer ihre Stimmen in aller Regel für die Kandidaten aus ihrem Unternehmen abgeben, die Arbeitnehmer abhängiger Unternehmen also für Kandidaten aus ihrem, dem abhängigen Unternehmen.

Dass der Gesetzgeber die Majorisierung der Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens bewusst in Kauf genommen habe 45), ist eine durch nichts bewiesene Behauptung. Sie lässt sich auch mit der Berufung auf das in demokratischen Grundsätzen wurzelnde Mehrheitsprinzip nicht rechtfertigen 46). Aus der Tatsache, dass die Arbeitnehmer bei der Wahl ihrer Vertreter auch sonst nicht völlig freie Hand haben, sondern gemäss § 76 II 3 in der Regel einen Arbeiter und einen Angestellten wählen müssen, geht vielmehr eindeutig hervor, dass der Gesetzgeber eine unternehmensnahe, zweckmässige, um gerechten Ausgleich bemühte Beteiligungsordnung höher eingeschätzt hat als die uneingeschränkte Berücksichtigung des Willens der Mehrheit. - Eine in gewissem Sinne ungerechtfertigte Benachteiligung der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen kann sich aus der hier vertretenen Ansicht wohl nur dann ergeben, wenn das herrschende Unternehmen eine reine Holdinggesellschaft mit ganz wenigen Arbeitnehmern, etwa einigen Sekretärinnen, Chauffeuren und Putzfrauen ist, während die abhängigen Unternehmen zahlreiche, vielleicht tausende Arbeitnehmer beschäftigen. Denn obwohl die Vertretung im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens für die Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen nicht so entscheidend ist, wie dies verschiedentlich dargestellt wird, kommt ihrem Interesse an einer Vertretung im Aufsichtsrat in solchen Fällen doch wohl mehr Gewicht zu als dem der wenigen Arbeitnehmer des herrschenden Unternehmens, vor allem wenn man bedenkt, dass diese wenigen Arbeitnehmer - Sekretärinnen, Chauffeure etc. -, - wegen des engen Kontakts mit der Unternehmensleitung wohl meist nicht willens sein werden, die Belange der Arbeitnehmer der abhängigen Unternehmen zu vertreten 47).

45) So anscheinend Groothoff S. 127

46) A.A. Galperin § 76 Anm. 37; Eberl S. 127; Groothoff S. 127

47) Auf solche reine Holdinggesellschaften ist das MitbErgG zugeschnitten. Deshalb ist dort die uneingeschränkte Wählbarkeit der Arbeitnehmer aller Konzernunternehmen zum Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens nicht zu beanstanden.

Diese Sonderfälle ändern aber nichts daran, dass bei der Mehrzahl der Konzerne die Anwendung des § 76 II 2, 3 zu einer zweckmässigeren und ausgewogeneren Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat des herrschenden Unternehmens führt als eine reine Mehrheitsentscheidung. Deshalb und weil auch der Wortlaut des Gesetzes mehr für als gegen die Berücksichtigung des § 76 II 2, 3 im Rahmen des § 76 IV BetrVG spricht, ist anzunehmen, dass ein Platz (§ 76 II 2), bzw. zwei Plätze (§ 76 II 3) im Aufsichtsrat des beherrschenden Unternehmens zwingend den Arbeitnehmern des herrschenden Unternehmens vorbehalten sein sollen.

LEBENS LAUF

Am 10. März 1935 wurde ich in Hohenelbe/Riesengebirge als Sohn des Kaufmanns Walter Kober und seiner Ehefrau Johanna geboren. Von 1941 bis 1945 besuchte ich die Volksschule in Hohenelbe und von 1946 bis 1954 das Humanistische Gymnasium in Kempten/Allgäu. Vom Wintersemester 1954/55 bis zum Wintersemester 1957/58 studierte ich an der Universität München Rechtswissenschaft. Am 21. Juli 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung mit der Gesamtnote "gut". Seit Oktober 1958 bin ich Rechtsreferendar in Kempten.

Heising 29 1/2 bei Kempten

Ernst Kober

